


POR

DOÑA MARIANA DE MESA Y SANDE, VIVDA DE DON

Francisco de Eguiluz y Herencia, Cavallero del Orden de Santiago, y Don Antonio de Eguiluz Mesa y Sande su hijo, del mismo Abito, vezinos de la Villa de Valdemoro.

***

CON

DON FERNANDO DE CORDOVA,

vezino de la Ciudad de Lima, en los Reinos del Perù y con Don Antonio de Cordova su hijo, residente en esta Corte.

SOBRE

La tenuta, y possession de los bienes, y mayorazgos, que fundaron Alonso de Mesa, y Doña Maria Ximenez su muger, en el año de 1578. y por Don Diego Fernandez de Mesa su hijo en el año de 1588. y por el Doctor Francisco de Sande, y Doña Ana de Mesa su muger, en los años de 594. 596. y 1602. que vacaron por fin, y muerte de Doña Maria Sande, y Mesa, num. 17. del Arbol, vltima posseedora.



1 PRETENDE Doña Mariana, la del *num.* 19. que el Consejo se sirva de declarar, aversele transferido por ministerio de las leyes de Toro, y partida, la possession civil, y natural de todos los dichos bienes, y mayorazgos, con sus agregados, por los dichos fundadores, ò posseedores, y de los que devieron fundar, y agregar, y de todos los demas que por qualquier titulo particular, ò vniversal, vltima voluntad, contracto, ò transaccion pertenezcan à dichas fundaciones, y de los que vacaron por muerte de la dicha Doña Maria Sande: Mandando se le dè la possession Real corporal velquasi de todos los dichos bienes, y mayorazgos, con frutos, y rentas, desde el dia de la vacante, *mem. num.* 4.

3 El dicho Don Antonio de Eguiluz. Pretende, que à las otras partes se ha de denegar la tenuta; excepto à la dicha Doña Mariana su madre, à quien se deve declarar por legitima successora de todos los dichos bienes, y mayorazgos: Y que en caso de no estimarse por tal en todos, ò en qualquiera dellos, se ha de declarar averse tansferido en èl la possession civil, y natural de todos los dichos bienes, y mayorazgos, haziendo, como tiene pedido, *mem. n.* 7.

4 El pleito està visto por los señores Iuezes, desde 13. de Agosto de 674. para determinar sobre la tenuta; y aviendose hecho el memorial ajustado, que se ha dado à dichos señores, no haremos en el hecho los pressupuestos que conducen à la defensa destas partes; y solo se notarà en su lugar el que tocare a el punto que se disputare, por la brevedad que deseamos.

5 Aunque no se puede omitir el allanamiento que las partes hizieron, conformes en la peticion, que

es-

està al fin del memorial, en orden a las calidades prevenidas por los fundadores, en los que viniessen a succeder: las quales reciprocamente tienen confessadas, y se apartaron de las alegaciones que sobre ellas tenian hechas; por lo qual omitiremos el hablar dellas en este informe, para cuya claridad dividiremos el discurso en tres articulos.

6 Fundando en el primero, que Doña Mariana tiene legitimada su persona, y que Don Fernando con los muchos instrumentos que ha presentado, dexa su filiacion mas obscura, y dudosa.

7 En el segundo, se harà demonstracion del claro derecho, è innegable que a Doña Mariana assiste, de que resultarà notoria exclusion de Don Fernando.

8 Y en el tercero, se responderà a las objecciones que por su parte se han opuesto en especial, contra la escriptura de mayorazgo de 3. y 5. del año de 1578.

Articulo Primero.

9 EN dos clausulas de la fundacion, que hizieron el Doctor Francisco de Sande, y Doña Ana de Mesa, *num.* 9. y 10. que son la primera, y vltima en el *mem. num.* 34. y 71. previnieron que los que huviessen de succeder fuessen legitimos, de legitimo matrimonio nacidos, y no legitimados, como dispusieron en la vna; y a falta de todos estos admitieron al hijo, ò hija natural, segun consta de la otra: Y en la disposicion de derecho, tambien se dispone, que en el llamamiento de hijos, simpliciter, hecho no estàn comprehendidos los naturales, ex notatis a D. Molin. *de primog. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 45.

10 Quibus suppositis, por lo que toca à la filiacion, y legitimacion de persona en Doña Mariana es in-

innegable, y resulta concluyentemente provada, y justificada, assi de las probanças hechas en el pleito de jactancia, que se siguiò por el dicho Don Francisco de Eguiluz, como su marido, y conjunta persona con la dicha Doña Maria Sande, que està presentada en este pleito, *mem. à num.* 381. hasta 425. calificada con la executoria del Consejo, que se diò, y librò a la dicha Doña Mariana, como de la nueva probança que ha hecho en este juizio, con muchos testigos que concluyen ser hija legitima de Christoval de Mesa, y Doña Fabiana de Mena, los del *num.* 12. nieta de Hernando de Mesa, y Doña Mencia de Mena, los del *num.* 6. y viznieta de Gonçalo de Mesa, y Doña Iuana Ximenez, los del *num.* 2. padres de Alonso de Mesa, *num.* 5. y abuelos de la dicha Doña Ana de Mesa, fundadora, *num.* 10. visabuelos assimismo de la dicha Doña Maria Sande y Mesa, vltima posseedora, *num.* 17. prima segunda de la dicha Doña Mariana, cuya filiacion tambien se califica por las mismas escripturas de fundacion; y no se ha negado por parte de Don Fernando, reconociendo le obsta la dicha executoria, como litigada con persona legitima, como lo fue la dicha Doña Maria Sande, *ex leg.* 1. *§. fin. cum leg. seq. ff. de lib. agnos.* D. Covarr. *pract. cap.* 13. *num.* 5. Anton. Gom. *in leg.* 40 *Tauri, num.* 73. *& est expressa, leg.* 20. *tit.* 22. *part.* 3. vbi Gregor. Lopez *gloss. in verb.* no se acertassen, ibi: *Quia eadem est ratio, vt sententia praiudicet alijs habentibus originem ab illa comm. parentela.*

10 Con que quando confessaramos (que negamos) ser el dicho Don Fernando vno dellos, le obsta la determinacion referida, y acredita la filiacion legitima de Doña Mariana en el tercer grado de consanguinidad, en que se halla con la vltima posseedora.

11 Don Fernanno de Cordova, el del *num.* 23. ha pretendido provar, que es hijo de Don Antonio de

Cordova, y Doña Catalina Fernandez de Cordova, los del *num.*21. nieto de Doña Iuliana Ordoñez, y del General Don Fernando de Cordova, los del *num.*14. y visnieto de Doña Luisa Portocarrero, y Ordoño Ordoñez, los del *num.*8. y revisnieto de Doña Elena de Porras, y Pedro Rodriguez Portocarrero, *num.*3. y que es quarto nieto de Fernando de Sande, y Theresa de Porras, *num.*1. los quales dize fueron padres de Pedro de Sande, el del *num.*4. y abuelos del dicho Doctor Francisco de Sande, fundador, el del *num.*9.

12 Y aunque en lo aparente parece que es clara, y sin sospecha esta delineacion, y ascendencia, reconocidos, y desentrañados los instrumentos, y papeles simples, y sin legalidad que ha presentado, podemos dezir della lo que notò Bald. *en el cap.*1. *de constitutionibus, num* 23. dizen: *Legitimationem alchimiæ similem esse, ea namque efficit, quod æs, aurum appareat non tamen potest vere ex ære aurum facere, seu vnam speciē in alliā transmutare.* Y aunque habla en terminos del legitimado per rescriptum Principis, su doctrina milita en la filiacion de Don Fernando, pues los mismos medios de que se ha valido para acrisolarla, nos dan justos motivos para confundirla (*age ne tibi objiciatur oratio* (dixo Casiodor. *variar. lib.*5. *cap.*21) *quia pondus est gravissimi pudoris propria voce convinci*) dexandola no solo en terminos de sospechosa, sino con notorios vicios que le excluyen del parentesco que ha querido probar, y que no es de la sangre, y familia de los Sandes, sin que sea nuestro animo de injuriarle por ningun modo, pues no le negamos la nobleza que gozare por el apellido, Casa, y sangre de los Cordovas, y Figueroas, de donde parece desciende por las personas de su padre, y madre, y quanto quiera que (segun afirma) le toque el apellido de Sande, por lo menos no lo ha justificado por medio alguno.

Y

13 Y no puede negarse à la obligacion de probarlo clara, y concluyentemente, sin que baste el hazerlo por cōgeturas, y presumpciones, vbi agitur de magno preiudicio tertij, vt in præsenti casu, *ex leg. 1. ff. de prob. leg. fin. Cod. de alendis liberis, quam conclus. defendunt, ex his, & alijs iuribus*, Ioannis Garcia *de nobilitat. gloss. 20. num. 4.* Mier. *de maiorat. part. 3. q. 15. num. 23* Cesar Bart. *decis. 91. num. 5. & decis. 92. in princip.* Surd. *cons. 1. num. 38.* Menoch. *de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 53. num. 1.* Mascard. *de probat. tom. 2. conclus. 786 per tot.* Thuscus *tom. 3. litt. F. conclus. 343.* lata manu, Castill. *lib. 5. controv. cap. 104. num. 2. cum sequentibus.*

14 Donde mas ha procurado esforçar Don Fernando la prueba de su filiacion, es en el grado de Elena de Porras, la del *num.* 3. à quien llama su revisabuela, por ser donde mas le importa, procurando entroncarse en la familia del fundador, dandola por hija de Hernando de Sande, y Teresa de Porras, *num.* 1. que si este huviesse sido abuelo del fundador, lo avria conseguido, si el grado estuviera verificado; pero està tan lexos de averlo hecho, que en las probanças, è instrumentos que à èl corresponden, antes le excluyen totalmente, por la notoria resistencia, vicios, y defectos siguientes.

Probança de Don Fernand, 4. pregunta, mem. num. 438.

15 LO primero, si se atiende à la probança de testigos, y 4. *preg. mem. num.* 438. donde articulò que Doña Elena de Sande y Porras fue hija legitima de Fernando de Sande, y Doña Teresa de Porras su legitima muger; esta la omitieron los testigos; y aunque se les leyò, como las demas, no se atrevieron à dezir en ella, ni aun de oidas, ni de publico, y no-

to-

torio, que es digno reparo, mayormente quando muchos de los testigos que depusieron dizen son naturales de la Ciudad de Lima en los Reinos de Indias, adonde se dize por Don Fernando (fundandose en la informacion ad perpetuam del año de 555. que està *en el mem. à num.* 465.) passò la dicha Doña Elena en compañia de Pedro Rodriguez Portocarrero su marido: pues si este hecho fuera cierto, los testigos como naturales, y personas que adquieren noticias, avian de tenerla por la fama publica.

16 Y esta inverosimilitud haze sospechoso el grado, & continet quamdam imaginem falsitatis, vt notat Bald. *in leg.* 1. *num.* 17. *Cod. de servis fugitivis,* Abb. *in cap. quia verisimile in fin. de præsumpt.* Decio *cons.* 94. Curcius Iunior *cons.* 18. Oldrad. *cons.* 13. Craveta *cons.* 61. *num.* 9. *vbi subdit; quod Iudex in deprehenda veritate, debet inprimis attendere, quid sit verisimile, non quid possibile;* idem tenet Mantica *de coniectur. vltim. volunt. lib.* 3. *tit.* 19. *num.* 3. Mascard. *de probat. conclus.* 740. *num.* 35.

Informacion que hizo Pedro Rodriguez Portocarrero en 30. de Agosto de 555. para passar à Indias.

17 Està en el *mem. à num.* 465. y el primer reparo que se nos ofrece, es que en la 4. *preg. à num.* 479. articule que la dicha Doña Elena de Porras su muger, es natural de la Ciudad de Zamora, hija de Hernando de Sande, y Doña Teresa de Porras, y en la Real cedula, que està *à num.* 494. afirme que la susodicha era de la Montaña, y que le seria mucha dilacion aver de ir, ò embiar à hazer allà su provança; por lo qual pidiò se le permitiesse hazerla en Madrid, y que con ella fuesse visto aver cumplido, para

que

que le dexassen passar libremente; y en estos dos instrumentos es mas que inverosimilitud la que se halla, pues se descubre expressa contrariedad en la naturaleça de la susodicha; con que las doctrinas referidas dessestiman con mayor razon estos papeles.

18 Lo segundo, porque si por la dicha Real cedula se dispensò, para que la probança de naturaleça se hiziesse en Madrid, atendiendo a que no se obrava en perjuicio de tercero: pues el efecto fue solo para facilitar la licencia de passar à los Reinos de Indias. Aora no se puede estimar por probança para otro efecto distinto, y tan perjudicial, como del que se trata en este pleito, ex dictis à Nicol. Garc. *de benef. 5. part. cap. 15. ex num. 28.* Ioann. Garc. *de nobilitate, gloss. 21. num. 6. quia limitata causa parit effectum limitatum, ex regula vulgari in leg. In agris, ff. de acquirendo rerum dominio, leg. Si domus, ff. de servitutibus, vrban. præd. leg. Si de certa, Cod. de transactionibus*, Surd. *de aliment. tit. 1. quæst. 43. n. 22.* D. Solorçan. *lib. 3. de Indiarum gubern. c. 13. num. 37.* Et ex alia ratione scilicèt, quod causa propter quam aliquid fit debetur considerari, & non alia, *ex leg. Si quis, nec causam, ff. si certum petatur, quia dicitur finalis, sine qua quis non esset facturus saltim eo modo, nisi illa causa adesset, maximè si respiciat tertij, vtilitatem, ex text. in leg. Si tibi purè, ff. de legat. 3.*

19 Lo tercero, porque aviendose hecho la dicha informacion solo para el caso de passar à dichos Reinos despues de cumplido, no puede estenderse este hecho para otros actos diversos, cessando la causa que motivò dicha informacion, *ex leg. Quod dictum, ff. de pactis, cap. Cum cessante, de appellation. leg. Cum codicilis, 34. ff. de testamentaria tut. leg. Se eam quam, Cod. de fideicommis.* & melior *text. in leg. fin. ff. de hæredi instituend.* & plura in comprobationem trahit Dom. Va-

 len-

lençuela *in conf.* 119. *ex num.* 80. *cum seqq. vbi in num.* 86. *alieam rationem ponit*, ibi: *Ne actus agentis oppe-retur contra eius intentionem primitivam; aut secun-dariam, cum Bald. Menoch. Iul. ant. Ioan. Gutierr. & Rolando à Valle, ex text. in dict. leg. Siquis neque cau-sam, & leg. Non omnis, ff. si certum petatur.*

20 Lo quarto, porque la dicha informacion des-de su principio fue, y es nula, viciosa, y simulada; pues se tomò por motivo para hazerla en esta Corte, vno que fue erroneo, y falso, suponiendo para ganar la ce-dula que la dicha Elena era natural *de la Montaña*; y despues articulò en dicha pregunta, que era natural de la Ciudad *de Zamora*; con que necessariamente fue falso vno destos dos presupuestos, y nulo el acto que sobre èl se hizo, vt expresse probant *text. in leg. Si di-vortio, & ibi gloss. penult. verbo Qui libet, & leg. pe-nult. §. Mulier, ff. soluto matrimonio, leg. Cum falsa, C. de iuris, & facti ignorantia, leg. Ad probationem, Cod. de locato, leg. Quisquis, Cod. de rescindenda venditio-ne.* Por lo qual no se puede dezir que quedò aprovada, ni calificada la dicha informacion, para que in perpe-tuum probet, vt notant DD. *in leg. Si per errorem, ff. de iurisdict. omnium iudicum, & in leg. 1. ff. de conditione indebiti*, & pro constanti in quolibet actu tenent Ce-phal. *conf.* 220. *incipit proponitur, num.* 29. *tom.* 2. Ro-lando à Valle *conf.* 13. *num.* 22. *lib.* 1. Burgos de Paz *conf.* 19. *num.* 16. & *conf.* 25. *num.* 67. & Ioann. Gutierr. *de iuramento confirmatorio*, 3. *part. cap.* 7. *num* 1. & 15.

21 Lo quinto, porque la dicha informacion es traslado de traslado de traslado, sacado sin citacion de parte, como consta en el *mem. num.* 491. y 492. 497. y 498. Y aunque en el siguiente numero parece que en 23. de Mayo del año passado de 674. por parte de Don Fernando se sacò otro traslado de el que estava en la

Con-

Contaduria de la Casa de la Contratacion, de Sevilla, en virtud de auto del Presidente, y Iuezes de ella, y provisiones del Consejo, y del de Indias; esta diligencia pudo sanar el defecto de la saca, y compulsa en la que antes avia hecho el dicho Don Fernando; pero no los demas defectos, vicios, y contrariedades, que desde su principio contiene la dicha informacion, y se refieren en los numeros antecedentes.

22 Y mucho menos el de no aver hecho la comprobacion con la informacion original; pues aviendose hecho en esta Corte ante Bernardino de Roxas, Escrivano del Numero della, no era dificultoso con la noticia del año aver buscado los registros del successor en dicho Oficio, ò por lo menos aver probado que fue tal Escrivano, y exhibido otros instrumentos, que fuessen del susodicho para calificar su legalidad, letra, y signo, vt per Rot. *decis.* 199. *num.* 31. *tom.* 5. *in recentior. ædito ann.* 1636. Gonç. *ad regul.* 8. Chancel. *gloss.* 64. *num.* 11. cuyas calidades no puede suplirlas la antiguedad del instrumento, ex trad. à Rot. per Put. *decis.* 186. *num.* 2. *lib.* 3. ibi: *Quia quod instrumentum esset antiquum non probatur, ex sola data cum potuisset fieri, de novo sub illa data*, Corn. *cons.* 142. *num.* 2. *lib.* 3. & *cons.* 24. *lib.* 4. Graveta *de antiquit. temp.* 3. *part. sectionis vidimus in genere, num.* 3. *fol.* 123. Capicio Gale. *tom.* 2. *controvers.* 53. *num.* 27. & *seqq. Rot. divers. decis.* 187. *num.* 12. & 13. *vbi resolutum fuit in individuo exemplum scripturæ ex temporis antiquitate non fieri solemne, nec fide dignum.*

23 Lo sexto, porque siendo informacion ad perpetuam, hecha sin parte, ni contradictor alguno, y en que los testigos pudieron deponer segun sus hedades en aquel año, con claridad, y distincion, dando razon de sus deposiciones, no se hallarà que resulte provada la identidad del dicho Pedro Rodriguez, y la dicha Doña

Ele-

Elena, ni que esta fuesse hija de el dicho Hernando de Sande, y Doña Theresa de Porras; porque los cinco testigos que refiere el *memor. à num.* 480. siendo como todos eran vezinos de Madrid. El primero, que es Alonso Hurtado en dicho *num.* 480. y Bartoleme Isidro, *num.* 482. dizen sin dar razon alguna, que conocieron à los padres de dicha Elena, contenidos en la pregunta, y conforme à lo articulado se descubre notoria malicia: *pues no se puso la vezindad, ni naturaleça de los dichos Hernando de Sande, y Theresa de Porras*; para que los testigos pudiessen deponer en Madrid de su conocimiéto, aunq̃ solo se alargarõ los dos cõ la nota referida, siendo assi que por otros autos (como se dirà) ha pretẽdido provar Don Fernando, que el dicho Hernando de Sande fue natural del Lugar de Villabad, en Galicia, y la dicha Doña Theresa de Porras de Villafafila, siete leguas de Zamora; y si los dos testigos referidos, sin dar razon de aver estado en estos Lugares, deponen del conocimiento de los susodichos, solo como vezinos de Madrid, como los conociò el dicho Bartolome Isidro, siẽdo su hedad treinta y seis años, mas bien los pudierõ conocer Alonso de Lievano, y Alonso de Guadalaxara, que depusieron, *mem. num.* 481. y 483. siendo el vno de hedad de 40. años, y el otro de 70. como consta de el dicho *memorial à num.* 469. y 471. por cuya razon estos mismos convencen de falso al dicho Bartoleme Isidro, y aviendose valido dèl la parte que le presentò, tiene contra si todas las presumpciones de sospechoso, y aver obrado con dolo, y mala fee, como se convence de los reparos, y defectos opuestos, y este insanable, y vnos, y otros quitan el credito à la prueba, aunque debil, y flaca, que podia resultar de dicha informacion; pues siendo toda ella individua, y estando convencida de falsa, assi en las deposiciones de testigos, como en la contrariedad de la naturaleça de dicha Elena, y pade-

cien-

ciendo los demas achaques, y reparos que van anotados, todo lo demas que cótiene padece la misma nota, y defectos, *ad text. in leg. Qui falso, vel varia; ff. de testibus, cap. fraternitatis, eodem tit. cap. nihilominus, 3. q. 9. cap. si testes, §. Ita qui falso, 4. q. 3. cap. solicitudinem, de appellationib. cap. licet causam, de probat.* ibi: *Plures tamen illorum reprobantur, quia sibi invicem evidentissime contradicunt,* Ioan. Garcia *de nobilitat. gloss. 25. num. 3.* notat Gregor. Lopez *in leg. 41. tit. 16. part. 3. gloss. 4* & Rebuf. *in tractat. de reprob. testium, n. 343.* qua propter D, Valenç. *in cons. 173. num. 46.* notabiliter dixit cum Bald. *in leg. fin. §. In computatione, num. 18. Cod. de iure deliberandi, quod instrumentum simulatum non est instrumentum, nec tamen nomen meretur, & ratio est, quia simulatio in se continet falsitatem, ex leg. Nec omissa, Cod. de liberal. caus.* Bald. *in leg. Si non verum, num. 1. Cod. de donat. inter vir, & uxor.* Ioann. Gutierr. *in leg. Nemo potest, à num. 372. ff. de legat. 1. & ex alijs iuribus suprarelatis.*

Deposicion de Dominga Lopez, de la executoria de la Chancilleria de Granada del año de 1574.

24 TAmbien se vale el dicho Don Fernando de la deposicion desta testigo para probar la identidad de la persona de la dicha Elena de Porras y Sande, que está en el *mem. à num. 502.* Y à lo que se reduce la deposicion desta testigo, es à dezir, que no conoció à Pedro de Sande, que litigava, salvo que en la villa de Villabad, de donde era la testigo, conoció vn hijo de Hernando, que llamavan Pedro de Sande, y que no conoció à los hijos de Pedro, que litigava, mas de à Hernando que la presentò por testigo: *Que avria 55. años*, que avia visto llegar à la dicha villa de Villabad

vn hombre, que llamavan Hernando de Sande, y traìa por su muger à la que dezian Teresa de Porras, y avia oido dezir à su padre, y à otros, que dicho Hernando era natural de Villabad, y se avia ido à Castilla, y casadose en Villafafila con la suso dicha. Y que despues que (como lleva dicho) llegò à dicha villa de Villabad, estuvo en ella por espacio de siete, ù ocho años, y despues se bolvieron à Villafafila, y llevaron dos hijos, y vna hija; à los quales llamavan Pedro de Sande (que es el que al principio conociò siendo niño) y à Iuan de Sande, è à la hija *ELENA DE PAZ*. Y mas abaxo en su misma deposicion buelve à repetir, que à la suso dicha la llamavan cō este nombre, y apellido de *Elena de Paz*; y dize muy largo en quanto à la nobleza que se tratava de probar.

25 Y atendida esta deposicion, se excluye con evidencia la idemptidad de la persona de Elena de Porras y Sande: porque en ella no se le dà este nombre, y apellido, sino el de Elena de Paz, y conforme à derecho, *ex identitate nominis, & cognominis præsumitur idemptitas personæ*, segun la doctrina de Bart. que puso vn exemplo ajustado à nuestro caso, *in leg. Demonstratio*, 17. *num.* 14. *ff. de condit. & demonstrat.* Y por el contrario, *ex diversitate cognominum*, resulta la diversidad en las personas, Curt. Iun. *cons.* 40. *Col.* 6. Paris. *cons.* 51. *num.* 10. *lib.* 2. Mieres *de maiorat.* 2. *part. quæst.* 7. *n.* 97. cumulabit plura Escobar *de purit. sang.* 1. *part. q.* 16. §. 2. & 3. & vt ait Noguer. *in allegat.* 25. *num.* 270. cum Loter. *de re benef lib.* 2. *quæst.* 11. *num.* 120. *Est necessarium idemptitatem persone præcisæ probari, sine vlo equivocationis scrupulo.* Y es bien grave, segun la deposicion de la testigo, que llamando à los que dize eran hijos de los dichos Hernando de Sande, y Teresa de Porras, Iuan de Sande, y Pedro de Sande, à esta la llamassen *Elena de Paz*.

Lo

26 Lo segundo, que diziendo la testigo en el año que depone, que avria 55. años fueron à la villa de Villabad los dichos Hernando de Sande, y Teresa de Porras, sin que entonces tuviessen hijo alguno, corresponde el tiempo que se baxa de los 55. años à el de 519. *que no avia nacido la dicha Elena de Porras, ò Elena de Paz*; y conforme à la edad que articulò, y probò el dicho Pedro Rodriguez en la informacion referida del año de 555. en la 4. *pregunta, mem. num.* 479. diziendo, que la dicha Elena su muger tenia quarenta años, baxados de los 55. corresponde al de 515. en que parece que ya era nacida: y conforme lo que la testigo dize, no pudo ser hasta despues del año de 519. Y aunque se quiera responder, diziendo que la testigo no depuso rigurosamente en el año de 574. y que seria mucho antes; se satisface con que seria vn año, ù dos, que es lo mas que se le puede dar, y sin embargo todavia ay complicacion en estas edades, y escrupulo que se da la mano con el referido. Y el otro de dezir el dicho Pedro Rodriguez en su informacion que la dicha Elena era natural de Zamora, y la testigo, que naciò en Villabad, que es donde adquiriò naturaleza; todo lo qual, y el ser vna enunciativa la que contiene dicha deposicion hecha para otro fin distinto, no es probança, ni aun indicio de la verdad, quando tiene tantos contra si, ad tradita per Greg. Lopez *in leg.* 32. *tit.* 11. *part.* 5. *gloss.* 2. quæ cum pluribus comprobat Scob. *de purit. part.* 1. *quæst.* 15. §. 2. *num.* 8. y 9. & ex sententia Bart. *in leg. Epistola, ff. de pactis, ex leg. Non Epistolis, Cod. de prob. cap. per tuas, eodem tit. & cap. fin. de succes. ab intest.*

27 Vltra de que tambien es digno de reparar que esta testigo sola depusiesse sobre la idemptidad de los hijos del dicho Hernando de Sande, y Teresa de Porras, y que ninguno de los demas testigos que depondrian en el pleito, sobre que recayò la executoria, no tocasse

sobre lo mismo, de que resulta no aversele preguntado, por no conducir para el intento del pleito, y que la testigo depuso voluntariamente vltra interrogata en dicha enunciatiua, por lo qual, y ser singular no haze, ni aun semiplena probança, ex regula vulgari, *in leg. vbi numerus, ff. de testibus*, y aunque sea la deposicion antigua, no la dà el tiempo la claridad, y verdad que le falta, vt probant *text. in leg. 1. Cod. si vnus, ex plurib. appell.* Bart. *in leg. Inter stipulantem, §. 1. num. 3. ff. de verbor. oblig.* Menoch. *lib. 6. præsumpt. 15. num. 3.* Surd. *decis. 55. num. 1.* Grat. *discept. 790. n. 40.* Scob. *de puritat. part. 1. quæst. 16. num. 2. & 6.*

28 No es de menor reparo para desvanecer junto con lo referido el poco credito desta deposicion, la repugnancia que se dà entre ella, y los titulos de Governador, y Capitan General de las Islas de Philipinas, que se despacharon al Doctor Francisco de Sande en el año mesmo de 574. siendo ya Oidor de la Real Audiencia de Mexico, de que consta en el *mem. à n. 704.* porque aviendo llegado à ocupar con la graduacion de sus meritos, y servicios, puestos tan altos, precisamente avia de tener la edad competente de 50. años, poco mas, ò menos, y aunque fuessen quarenta, no cabe, segun la regulacion del tiempo, con que se explica la testigo en dicha deposicion, donde refiere los hijos, y nietos del dicho Hernando de Sande, y Teresa de Porras, que litigaron dicha executoria, y entre los nietos hijos de Pedro, no haze mencion del dicho Doctor Francisco de Sande, y en la diligencia referida del *num. 501.* parece se llamavan Bernardino, Hernando, Iuan, y Antonio de Sande; y si como se dize por parte de Don Fernando fue tambien el dicho Doctor Francisco de Sande, hijo de Pedro, y nieto de Hernando, mediante los titulos referidos, y el tiempo en que naciò el dicho Pedro de Sande su padre, venia à ocupar dichos puestos con menos

de

de treinta años de edad, y de muchos menos el de Oidor de la dicha ciudad de Mexico, pues le avia servido quando se le despachò el dicho titulo de Governador, y Capitan General, cuyo absurdo està ajustado por los tiempos, en esta forma.

29 La testigo dize en el año de 574. que es quando se despacharon los titulos, que avia 55. años que el dicho Hernando de Sande, y Teresa de Porras se fueron à Villabad, casados desde Fafila (que rebaxados corresponden al año de 519.) Luego dize que alli estuvieron siete, ù ocho años, y huvieron por sus hijos à Iuan, y Pedro (de quien se dize fue hijo el dicho Doctor Francisco de Sande) y regulando que Pedro pudo nacer en el año de 522. no pudo casarse hasta el de 537. ò 538. y naciendo luego por hijo suyo, y primero que los otros quatro, no le viene à quedar de edad mas que los 30. años para ascender, y ocupar dichos puestos. Y siendo tan inverosimil este hecho, se infiere el arrojo, y temeridad con que depuso la dicha Dominga Lopez, y quan desestimable es el fundamento que en ella se haze, y que de lo mismo que enuncia, resulta otra sospecha mas contra los instrumentos que quedan referidos por los fundamentos, y doctrinas que van anotadas.

Informacion ad perpetuam que Don Fernando hizo en la ciudad de Lima en el año de 655. memor. num. 632.

30 PArece que diò motivo à esta informacion el pedimiento dado en 8. de Abril del dicho año por la dicha Doña Maria de Sande, ultima posseedora, *memor. num.* 628. en que aviendo hecho relacion del pleito de jactancia, y executoria del Consejo del año de 647. en que se declararon todos los bienes del mayorazgo del Doctor Sande, y Doña

Ana de Mesa, por vinculados con diferente inteligencia de la que dà la dicha Doña Maria, passa à delinear la ascendencia del dicho Don Fernando de grado en grado, afectando con particular estudio que avia adquirido esta noticia, y que era necessario hazer quenta, y particion, y separacion para saber los que tocan à dicho mayorazgo, y los que della pueden pertenecer como libres, pidiò se hiziesse, y se citasse à Don Francisco de Mesa, hermano de Doña Mariana, el del *num.* 18. y al dicho Don Fernando, como inmediatos successores à dicho mayorozgo, y que para ello se despachasse requisitoria à la ciudad de Lima, en que yendo inserta la dicha peticion, pudo dicho Don Fernando dividir en preguntas la delineacion, y ascendencia, para que no diferenciasse de la que formò la dicha Doña Maria, como consta *mem. num.* 648.

31 El traslado de esta informacion se presentò por parte de Don Fernando en el dicho Juizio de quentas, de que consta en el *mem. num.* 694. junto con otros papeles, que por ser dados sin mandato de Iuez competente, ni citacion de parte, se redarguyeron todos de falsos, y falsamente fabricados; y aunque en aquel juizio ordinario pudo comprobarlos, pidiendo termino competẽte, y el vltramarino (que no podia negarse) no lo hizo, y de dicha informacion bolviò à sacar otro traslado para presentar en este pleito de tenuta, donde tambien està redarguida de falsa, sin aver hecho comprobacion alguna, y conforme à derecho no prueva, ni merece estimacion, mayormente quando la hizo con el motivo de dicha requisitoria, para presentar en el pleito de quentas que ya estava pendiente, sin aver citado al dicho Don Francisco de Mesa, y à la dicha Doña Mariana, vt probat text. *in cap.* 2. *de testib. leg.* 23. *tit.* 16. *part.* 3. Lara *de aniver f. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 17. donde dize que estas informaciones hechas *per processum in-*

formativum, & summarium, & sine partis citatione nō probant, nec in favorem ipsius pretendentis in alio iuditio, etiam eiusdem qualitatis, cum primo notat Loterius *de re benef. lib. 2. quaest. 43. num. 82.* quos refert Noguer. *in d. alleg. 25. à num. 298. vbi respondit consultat. 10.* Alvar. Valas. Y como quiera que la dicha informacion se hizo para aquel pleito ante litem contestatam, & sine partis citatione, no se puede estimar por probança sin averlos buelto à examinar, ò ratificar con dicha citacion, para que pudiessen parar algun persuicio, *ex cap. veniens, el 2. de testibus*, ad notata per D. Christoval de Paz *de tenuta, cap. 32. n. 15.* quem cum alijs refert Noguer. *alleg. 25. num. 301.*

32 Y aunque lo referido bastava para que qualquier recto dictamen desestime esta informacion, hallamos en ella los reparos siguientes, que la acreditan de falsa.

33 El primero, que en la *pregunta 4. à num. 644.* articula Don Fernando los padres, y abuelos que quiere dar à Doña Iuliana, la del *num. 14.* y llegando à *Doña Elena de Porras*, dize que es *natural de la villa de Madrid*, en lo qual se contradice à los instrumentos referidos, donde en vna parte parece que fue natural *de la Montaña*, en otra, que lo era *de la villa de Fafila*, en otra, *de la villa de Villabad en Galicia*; y vltimamente otros enuncian que fue natural *de Zamora*: con que ya se halla, segun sus mismos instrumentos, con cinco diferentes naturalezas en Lugares, y Provincias tan apartadas, cuya confusion haze (demas de lo que dexamos dicho) que no se pueda tomar punto fixo en la identidad de dicha Elena, mayormente quando el principal testigo en que Don Fernando se funda, dize se llamava *Elena de Paz*.

34 De que resulta, que quando los instrumentos no fueran tan invtiles, y viciosos, y no huviera variacion

cion en el nombre, y apellido, siendo tan notoria la diferencia de naturaleza, y origen, basta para excluir la identidad, y por ser lugar tan copioso el de Noguer. *in dict. alleg. 25. num. 265.* y aprobar por comun la opinion de Bart. con muchos Autores, le ponemos à la letra sequentib. verb.

35 *Et ad probandam personæ identitatem non sufficit probare extitisse quemdam hominem tali nomine appellatum: sunt enim necessariæ aliæ duæ demonstrationes: cognominis, & patriæ, aut aliæ similes, ex doctrin. Bart. communiter recepta, in leg. falsa demonstratio, ff. de conditionib & demonstrat. quæst. 7. num. 14. vbi explicat quando quis vocatur Petrus Martinus, de perusio, quo casu interveniunt nomen, cognomen, & patria, sequitur Dec. dict. cons. 13. n. 9. Menoch. lib. 6. præsumpt. 15. num. 40. & sequent. Galganetus dict. part. 2. cap. 2. quæst. vltim. ex num. 9. cum seqq. pag. 265. Masc. vol. 1. conclus. 504. demonstratio falsa, num. 2. Loter. de re benef. lib. 2. quæst. 11. num. 121. 122. vbi quod ex identitate nominis, & cognominis non probatur personæ identitas, sed requiritur alia demonstratio. Ciriaco tom. 2. controvers. 281. num. 25. & 26. & 33. Mier. 2. part. q. 7. n. 96. in 2. edict.*

36 Otro vicio, y sospecha de falsedad se descubre contra toda la informacion, y contra la mala fee con que Don Fernando procura verificar la supuesta descendencia, è incluirse en la parentela que no le toca, pues se valia de testigos inducidos, y paniaguados, para que depusiessen, sin embargo de faltarles la noticia al deseo, y voluntad de Don Fernando, sin reparar que en alguno dellos se pudiesse averiguar, como se ha hecho con el testigo que depuso el primero en dicha informacion, para que con su tenor se conformassen los demas. El testigo es el Capitan Christoval Perez de Aldana, que à la 4. *preg. num.* 645. dize que conociò à Or-

do-

doño Ordoñez de Valencia, vezino feudatario que fue de la ciudad de Lima, y à Doña Luisa Portocarrero su legitima muger, que son los del *num*.8. y que en dicha Ciudad los viò hazer vida maridable.

37 Y segun el tiempo en que depone, la edad que tiene, y el año en que muriò el dicho Ordoño Ordoñez, viene à deponer de vn año (si es que estava nacido) y està convencido de falso, y con la misma nota la dicha informacion: porque la deposicion la hizo en 13. de Septiembre de 655 *mem.n*.631. Y en el *num*.633. consta tenia de edad 70. años el dicho Christoval Perez, cuya baxa corresponde al año de 585. Y en el año siguiente de 586. avia muerto el dicho Ordoño Ordoñez, como consta del *mem.num*.508. y 509. y es mas que temerario arrojo, tanto del testigo, como de Don Fernando que le presentò el averle influido, para que deponga en vn hecho impossible, respecto del tiempo, cuyo vicio influye en el todo deste, y los demas instrumentos, y les quita la fee, y prueva que en ellos funda Don Fernando, *ex regul. semel malus. de regul. iur. in* 6. quam in delicto falsitatis la notò Bald. *cons*.405 *lib*.5. Farinac. *quæst*. 153 *num*. 147. comprobat Menoch. *lib*. 5 *præsumpt*. 32. idem Farinac. *quæst*. 32. *num*. 21. & 30. Gregor. Lopez *in leg*. 1. *verb. Procurado, tit*. 18. *p*.6. Surd. *cons*.68. *num*. 12. y si los once testigos restantes (que se dize *à num*.647. deponen en sustancia en la misma conformidad) fueren de la misma, ò menor edad (que no percibimos: porque solo se ponen los nõbres) padeceràn la misma nota, y sospecha de falsos en sus deposiciones, quando para deponer con verdad en la misma sustancia, han de tener 84. años.

38 Y quando la dicha informacion no contuviera tan notorios, è inegables vicios, que la destruyen, para nuestro intento nos basta que los testigos no prueven la 5 *preg. à num*.648. donde Don Fernando articu-

lò que la dicha Elena de Porras fue hermana de Pedro de Sande, el del *num.*4. y este, padre del Fundador: porque la razon que dan los testigos es general, y vaga de oidas à personas antiguas, y à otros de aquella Ciudad, sin determinar à quien en particular, y no pruevan los testigos de semejantes oidas, *cap. licet ex quadam, de test. leg.*28. *tit.*16. *part.*3. Farinac. *de testib. quæst.*65. *num.*2.

39 Nec dici potest, que el grado de dicha Elena, y Pedro de Sande es antiguo, y que no pudiendo aver testigos de vista, de auditu sufficiant: porque se responde, que Pedro aviendo nacido, segun lo que dexamos advertido en el año de 522. no consta por medio alguno quando murièsse, y se presume que pudo vivir cien años, hasta el de 622. y la dicha Elena, por el año de 586. con que en el año de 655. que se hizo dicha informacion, no se pudo reputar este hecho por antiguo, pues solo lò es el que excede, y passa de cien años. Lo segundo, que quando se estimasse por hecho antiguo, los testigos de oidas devieron deponer con los requisitos del *cap. licet ex quadam, de testib.* y de la *ley* 20. *tit.*6. *partida* 4. que son muchos; y aunque algunos DD. limitan que son necessarios quando se trata de probar la parentela para dissolver el matrimonio, lo mas cierto es que se requieren para probar la descendencia, y legitimar la persona, ad quemcumque effectum, vt videre est per Castill. *controv. lib.*6. *cap.*122. *ex num.*9. qui plurimos refert huius opinionis, & ad hoc est notanda resolutio Rot. per Mantic. *decis.*307. *vbi quod in rebus magni præiudicij antiqua descendentia probari debet cum qualitatibus, cap. licet ex quadam,* Trentacin. *lib.*1. *variar. resolut.*1. *de filiation. num.*13. donde pone seis requisitos, Gratian. *discept.*69. *num.*10. & 12.

40 Y quando todos no sean necessarios, algunos dellos son precisos, de quibus Farinac. *de test. quæst.*69. *num.*

*num.*140.donde advierte, que los testigos de oidas deven ser personas graves, y que cada vno nombre dos à quienes lo oyeron, y que dezian estos lo avian visto, y conocido, y que lo avian oido dezir à sus mayores; y que sean tales, que no tengan interes en el pleito.

41 Y nada desto se halla en dicha informacion, pues ni nombran personas, ni aun dizen que se tratassen de hermanos dicha Elena, y Pedro, y deponiendo con el arrojo, y temeridad referidad en que el primero està convencido de falso, se deve por todos medios dessestimar, ex dictis iuribus, & ex notatis à Castillo *in dict.cap.*122.*num.*24.Marescot.*lib.*1.*variar. cap.*70. *num.*8.Iuan Garcia *de nobilit. gloss.*18.§.1. *num.*14. Loter.*de re benef.lib.*2.*quæst.*11.*num.*100. *cum seqq.* vbi ait: *Hanc opinionem in Rota ita observari,*& cum pluribus probat Noguer.*in dict.alleg.*25.*à num.*276. *cum seqq. vbi num.*281. *Et in puncto ad successionem ita arguit Rota decis.*75.*num.*3.*&* 4. *apud Vibianum de iure patronatus, Fusar. quæst.*615.*num.*15. *Marta de successione legali, part.*4.*quæst.*22.*artic.*1.*num.*16. *vsque* 19.*& part.*3.*quæst.*1.*artic.*1.*num.*18.*qui resolvunt dubiam parentelæ probationem contra probantem retorqueri.* Y aunque en el *num.*283. dize que muchos DD. siguieron la cõtraria opinion en el 284. y siguientes autoriça la conclusion referida con muchas doctrinas, y fundamentos.

*Informacion que parece hecha por Alonso Coloban, Procurador de la ciudad de Zamora, en virtud de poder de Doña Luisa, la del num.*8. *su fecha en la ciudad de Lima en* 11. *de Abril de* 597.

*mem. à n.*555.

42 PArece que el intento fue para probar la nobleza, y descendencia de Ordoño

Or-

Ordoñez su marido; y aunque Don Fernando se vale della para justificar los dos grados desde Doña Iuliana, la del *num.* 14. hasta Doña Elena, la del *num.* 3. despues de proponer los fundamentos que quitan la fee, y credito à este instrumento, nos valdrèmos de los reparos, que junto con los que quedan referidos, excluyen la identidad, y grado de dicha Elena, respecto de Fernando de Sande, y Teresa de Porras, los del *num.* 1.

43 Esta informacion demas de averse hecho ad perpetuam, y sin parte, y no hallarse ratificados, y abonados los testigos, por lo qual no pruevan cosa alguna en este pleito, ex iuribus supra relatis, se halla que es segundo traslado de traslado, como consta en el *mem.* desde el *num.* 575. hasta el 580. porque el primero parece le sacò Diego Alvarez, en nombre de Don Antonio de Cordova, el del *num.* 21. padre de Don Fernando, en 12 de Enero de 627. y en 10. de Abril de 660. teniendo en su poder dicho traslado todo este tiempo, el dicho Don Fernando dize le presentò ante Marcelo Antonio de Figueroa, y vn Alcalde Ordinario de dicha Ciudad, para que dèl se le diesse vn traslado, que es el que se dize presentò en el pleito de quentas, donde se redarguyò de falso, y sin embargo se sacò para presentar en este pleito, y tambien està redarguido, y segun las doctrinas, y fundamentos que van anotados, no puede hazer fee este instrumento, por no averse comprobado en este juizio, ni en el de quentas, que es donde mas bien pudo hazerlo.

44 Lo segundo, porque aunque se enuncia averse hecho dicha informacion ante Alonso Martin de la Torre, no consta que este la autoriçasse: porque siendo este hecho del año de 1598. despues en el de 627. pidiò la parte del dicho D. Antonio que el Teniente de Corregidor mandasse autoriçar dicha informacion, y que Iuan de Valderas, sucessor en el oficio del dicho Escrivano, le diesse traslado della.

Lo

45 Lo tercero, porque desde el dicho año de 627. hasta el de 660. tuvo en su poder el dicho Don Fernando este traslado en la forma que se diò, y pudiendo traerle, y presentarle, ò sacar otro de su original, que era lo mas seguro, no lo hizo, y le compulsò para traer à estos Reinos; y conforme à la disposicion de derecho, aviendola tenido tantos años en su poder, se presume es sospechosa, y falsa, y que contiene notoria malicia contra quien la presenta, vt probant text. *in cap. 1. de frigidis, & malef.* ibi: *Quia si reclamare voluit, cur tandiu tacuit, leg. si quis forte, §. 1. ff. de pœn.* ibi: *Nec enim debebat tam magnam rem tandiu reticere*; Farinac. *de fals. quest.* 153. *num.* 182. Aymon *cons.* 28. Menoch. *de præsump. lib.* 2. *præsumpt.* 91. *num.* 8. & *lib.* 3. *præsumpt.* 122. *num.* 94. & *lib.* 5. *præsumpt.* 20. *num.* 39.

46 Por cuyas razones esta informacion se halla desvanecida, mayormente, quando por lo que toca à la identidad de la persona de la dicha Doña Elena, el testigo *à num.* 562. dize con vna contrariedad notable, que conociò en el Perù *à la dicha Doña Luisa, y que muchas vezes le dixo que era hija de Pedro Rodriguez, y de Doña Elena de Ponce su muger*; y luego añade, que otras personas dezian, *que la suso dicha era hija de Doña Elena de Porras*: y aviendo de estàr mas à las muchas confessiones, en que le dixo la dicha Doña Luisa que su madre se llamava Doña Elena de Ponce, pues sabria mas bien como tal hija el nombre, y apellido de su madre, que la criò, y alimentò; resulta la controversia, è implicacion de tan diferentes nombres, y apellidos, y distintas naturalezas en vn mismo sugeto, pues ya se llama *Elena de Ponce, ya Elena de Paz, y otras vezes Elena de Porras*, y resultando de los mismos instrumentos en que Don Fernando se funda, con la puntualidad de los numeros que van anotados en el memorial, se conoce quan defectuo-

ſa, y ſin efecto ſe halla la probança que ſe quiere indu-cir de inſtrumentos tan ſoſpechoſos, y ſin legalidad, y que es preciſo confeſſar que ſon diverſas perſonas Elena de Paz, Elena de Ponce, y Elena de Porras, y que proceden de diverſas familias, ex dictis iuribus, & ex traditis per Noguer.*in dict.alleg.*25.*num.*269. *y* 270. cum Menoch. Galgan. Mieres, Ciriaco, y Loter.*ubi per neceſſe concludit identitatem perſonæ præcisè probandam eſſe ſine ulo æquivocationis ſcrupulo.*

47 Vlterius, que ſiendo cierto, que Pedro Rodriguez Portocarrero bolviò del Perù à eſta Corte, y que ſegun ſe dize por ſu teſtamento del año 586. a n. 508. y 509. avian ya muerto Doña Elena de Porres ſu muger, y el dicho Ordoño Ordoñez ſu hierno; es notable reparo, que el teſtigo del *num.* 563. diga, que aviendoſe buelto del Perù dicho Pedro Rodriguez, avia dexado en èl à la dicha Doña Elena de Porras; y que el miſmo teſtigo *num.* 567. diga, que viò eſtar muchas vezes en la dicha Ciudad de los Reyes a los dichos Ordoño Ordoñez, y doña Luiſa, y que tenian en ſu compañia à la dicha Doña Elena de Porres ſu madre; porque ſi ſe cõſidera el tiempo antes que vinieſſe dicho Pedro Rodriguez, ſi era ſu muger legitima la avia de tener en ſu compañia; y ſi ſe atiende al tiempo deſpues que vino, y muriò en eſta Corte, no cabe que quedaſſe en compañia del dicho Ordoño Ordoñez, y Doña Luiſa; pues en dicho tiempo aſsi la dicha Doña Elena, como Ordoño Ordoñez, eran ya difuntos, como conſta de los numeros que van anotados en el memorial.

48 Tambien ſe repara con alguna gravedad, en que diziendo Don Fernando que la dicha Doña Elena fue muger legitima del dicho Pedro Rodriguez, eſte la deſamparaſſe, dexandola en aquellas Provincias, quando ſe bolviò à eſta Corte, donde muriò; y que quando ſe dize otorgò ſu teſtamento, ni hizieſſe mencion,

cion,

cion donde la avia dexado, ni el lugar donde avia muerto, y arguye gran sospecha en quanto à si fue, ò no su muger legitima.

49 Y esto se adelanta mas con lo que resulta de otra informacion ad perpetuam, que parece averse hecho por el General Don Fernando de Cordova en el año de 607. donde el Capitan Don Francisco Camargo, vno de los testigos, *mem. num.* 612. dize de vista, y afirmativa, que conociò à Ordoño Ordoñez de Valencia, y à Doña Luisa desde antes que se casara con èl; y que conociò à Pedro Rodriguez Portocarrero, su padre legitimo; y q̃ no conociò à la dicha D. Elena de Sande: porque en aquel tiẽpo la suso dicha avia idoà Castilla deste Reino, que son palabras literales del testigo.

50 El reparo es; que aviendo conocido à Pedro Rodriguez en la dicha ciudad de Lima antes de venirse á España, diga que no pudo conocer à Doña Elena: porque entonces se avia venido à Castilla, que es contrario ex diametro à lo que depone el testigo de la informacion referida, y del vno se infiere que el marido se vino dexando à su muger en las Indias; y del otro, que estando en ellas el marido, se vino la muger à España.

51 En esta misma informacion del año de 1607. otro testigo en el *mem. à num.* 611. dize de oidas, que la dicha Doña Elena era hija de padre, y madre (sin nombrarlos) de hijosdalgo notorios, è Cavalleros muy principales, parientes de la Princesa de Abes; y si Hernando de Sande, y Teresa de Porras fueron naturales de Villabad en Galicia, segun se articula por Don Fernando, alli no ay titulo ninguno à que corresponda este parentesco.

52 Y porque tambien quede dicho la forma como se hizo la dicha informacion, y como se ha traido, y presentado, se enuncia en el *mem. à num.* 581. que el dicho General D. Fernando de Cordova en 12. de Septiem-

tiembre de dicho año de 607. diò peticion, è interrogatorio ante vn Alcalde Ordinario de la ciudad de Lima, que diò comission para hazerla à Laçaro de Ayusso, *mem. núm.* 583. y sin aver guardado esta informacion en los registros de aquel año, parece en el *mem. à núm.* 621. que en dicha Ciudad, y en 11. de Abril del año passado de 660. parava en poder de Don Fernando esta informacion, y presentandola ante el Alcalde Ordinario de aquel año, pidiò que se pusiesse en los registros de escrituras, no del Escrivano ante quien se hizo 53. años avia, sino en los de Gregorio Herrera, ante quien la presentò, el qual lo hizo, y le diò al dicho Don Fernando el traslado que presentò en el juizio de quentas, donde tambien se redarguyò de falsa; y sin averla comprobado, sacò della el traslado que ha presentado en este pleito, donde tambien està redarguida justamente, assi por las razones que van referidas, y fundadas, como por no averse protocoliçado por el Escrivano que la hizo, y andar en poder de la parte todo el tiẽpo de los 53. años, sin aver vsado della hasta el de 660. de cuyo hecho se arguye por sospechosa, y falsa, ex iuribus supra relatis.

53 Estos son los instrumentos de que Don Fernando se ha valido para querer probar el grado mas importante de dicha Elena, y entroncar en la familia del fundador (porque aunque ha presentado otros, no hazen mencion de Elena, ni conducen para prueva de su identidad) y padeciendo assi la persona desta Elena tanta variedad de nombres, apellidos, y naturalezas; y siendo la de los instrumentos de la calidad que avemos dicho, y que vnos, y otros se convencen de falsos, y supuestos, nil mirum podamos assegurar la proposicion de no averse probado por Don Fernando la identidad de la que dà por su revisabuela; y con razon mas viva, atendiendo que para lo que toca à este grado no ha pre-

sen-

sentado escritura, ni otro instrumento publico en forma probante, ni aun de palabras enunciativas, como de testamentos de alguno de los padres, ò de la hija, ni del que se supone por su hermano; ni de quentas, y particiones, capitulaciones matrimoniales, ni de fees de Bautismo, que à lo menos se requerian dos instrumentos contestes de enunciativa, vt tenent Aretin. *in cap. causam, de probat. num.* 22. & ibi Felinus *num.* 4. Peregr. *de fideicomm. artic.* 43. *n.* 84. Maresc. *lib.* 1. *variar. cap.* 10. *num.* 6. Garcia *de benef. part.* 7. *cap.* 15. *num.* 32. *& seqq. & part.* 12. *cap.* 2. *num.* 254. Farinac. *decis.* 295. *num* 6. *&* 7. *part.* 1. *in recent.* Franch. *decis.* 357. *n.* 3. Castill. *lib.* 6. *controv. cap.* 123. *num.* 8. *&* 9.

54 Y esta regla se entiende solo en el hecho antiguo, y la razon es, porque en las escripturas antiguas lo que en ellas se refiere, y enuncia, solo induce fama de lo enunciado, vt notant Bart. Bald. & alij *in leg. Cum aliquis, Cod. de iur. delib.* Menoch. *cons.* 409. cum plurib. Noguer. *dict. alleg.* 25. *ex num.* 258. *& seqq.* vbi asserit, *Quod ad hoc vt instrumenta antiqua de filiatione, fraternitate, consanguinitate, per verba enunciativa loquentia, eam probent, vltrà antiquitatem requiritur, quod de quolibet gradu adsint duo adminus instrumenta à diversis personis emanata, & quidem gravibus, & absque aliqua suspicione, quibus fides danda sit*, comprobant cum DD. suprà relatis Genua, Bardellon. Loter. Trentacinq. Ricc. Capic. Galeot. Alphns. de Leon, Farin. Castill. & alijs, & inferiùs *num*, 262. ibi: *In his etiam terminis necessarium est, verba enunciativa ad probandam in antiqui famam esse præcisa ad actum, qui celebratur, & non otiosè prolata, aut invtiliter.*

55 Y no aviendose presentado por Don Fernando no solo los dos instrumentos que el derecho requiere para probar la fama in antiquis, y colorear en alguna forma de verdad el grado de dicha Elena su rebis-

abuela mas, ni tampoco vno de ellos, se halla convencido con las informaciones referidas viciosas, y contrarias de ser supuesto, y fingido el grado, siendo vna razõ muy eficaz la de averse hecho (caso negado que fuessen ciertas) las dos dellas en los años de 598. y 607. y no averse podido probar (aun siendo actos tan voluntarios, y faciles) lo que ha pretendido despues en las otras dos informaciones de los años de 655. y 660. quando las noticias se hallavan mas obscuras, y dudosas en los hijos, y nietos de los que vivian en los primeros años.

56 Y resulta de todo lo que dexamos dicho, que no aviendo podido verificarse con dichas informaciones, y papeles la identidad, y grado de la persona de dicha Elena, mucho menos puede dezir que tiene probada la legitimidad; y siendo vno, y otro de la obligacion, è intento de Don Fernando, no ha cumplido, quando no ay cosa mas precissa en el derecho (tratandose de probar vna descendencia) que ajustar fixamente por cada grado sus ascendientes, en especial quãdo se controvierte la succession de vn mayorazgo, que es de tanto perjuicio, *ex leg. Hoc est*, & *leg. fin. §. Nam quoties*, & *§. Septimo gradu, vers. Patrui maiores, ff. de gradibus*, & *affinibus*: porque el derecho siempre atiende a persona cierta, y no obra sus efectos, con la que es incierta, y dudosa, *ex leg. fin ff pro socio, l. Papinianus, ff. mandati, leg. Filiusfamilias, ff. de in rem verso, leg. Cum pater, ff. de iure dot.* De que resulta, que aun en caso de aver instrumentos antiguos la identidad de personas que se procura probar ha de ser fixa, y con demonstracion clara, sin sospecha, contrariedad, ni escrupulo alguno, *ex text. in leg. 1. Cod. si vnus ex pluribus appell.* Bart. *in leg. Inter stipulantem, §. 1. num. 3. ff. de verbor. obligat.* Menoch. *lib. 6. præsumpt. 15. num. 3.* Surd. *decis. 55. num. 1.* Grat. *decis. March. 148. num. 2.* y que esto sea mas vrgente, y precisso, tratandose de grave perjui-

cio

cio de tercero, lo dixeron Francisc. March. *decis.* 609. *num.* 4. *vers. Et pariter*, *tom.* 1. Grat. *discept.* 790. *n.* 4. Escob. *de purit.* 1 *part. quæst.* 16. *num.* 2. *cum seqq.*

57 Y en quanto à la legitimidad no ay, ni se ha presentado instrumento que lo califique, ni el llamado testamento de Pedro Rodriguez *Memor. à num.* 509. (siendo vno, quando eran menester dos de personas q̃ no tuviessen interes) se puede tener por probança de la fama, que ha de ser por dos instrumentos de enunciativa, segun, y en la forma que dexamos probado *suprà num.*

58 Vltimò, non est obiectio legitima el dezir D. Fernando, que aunque los papeles, è informaciones referidas, no sean perfectas, y concluyentes; por si hazen plena probança, *ex regula vulgari: Singula, quæ nõ prosunt, multa collecta iuvant*; porque para esto era necessario que la conjetura, ò enunciativa de cada instrumẽto fuesse en su genero perfecto, vt notat Noguerol *in dict. allegat.* 25. *num.* 292. ex doctrina Bart. *in leg. Admonendi, de iureiurand. num.* 48. Ioann. Gutierr. *pract. lib.* 3. *quæst.* 12. *n.* 3. Rot. per Farinac. *decis.* 1. *post tom.* 2 *cons. crimin.* cum alijs Noguer. *in seq. num.* ibi: *Item requiritur, quod adminicula, & coniectura tendant ad eũdem finem*, Bart. *in dict. leg. Admonendi, num.* 49. Loter. *de re benefic. lib.* 2. *quæst.* 43. *num.* 102. & concludit idem Noguer. *num.* 294. *Quod in specie fecit hanc ponderationem*, Rot. *decis.* 187. *num.* 8. & 18. *anno* 1636. vbi in his terminis dicit: *Quod quando omnia adminicula, & coniectura habent imperfectionem in se, non procedit regula, quod singula, quæ non prosunt multa collecta iuvant.*

59 Y las imperfecciones, vicios, y nulidades q̃ resultan contra las informaciones, y papeles de que se ha valido Don Fernando para la prueva de este grado (que era el principal para incluirse en la familia del Doctor San-

Sande) ivan anotados contra cada vno en los numeros antecedentes; assi en comun contra la formalidad, y principio que se le diò à cada instrumento; como en particular en la identidad de la persona de Elena con la diversidad de nombres, y apellidos de Elena de Paz, Elena de Ponçe, y Elena de Porres, y cinco naturalezas distintas, de la Montaña, Madrid, Zamora, Villabad, y Villafafila; y resultando, como todo resulta de sus mismos instrumentos, y testigos entre si contrarios, y vno convencido de falso; pruevan contra Don Fernando (como quien se ha valido de ellos, presentandolos) lo contrario de lo que ha pretendido verificar en quanto à la filiacion, legitimidad, y identidad, y grado, y descendencia, que para incluirse en la familia de dicho Doctor Sande fundador, articulò en la persona de Doña Elena de Porres y Sande.

Doña Luisa Portocarrero, la del num. 8.

60 DOn Fernando de Cordova pone à esta por su bisabuela, y no pudiendo con los instrumentos, à que hemos respondido, probar la identidad de su persona, y que fuesse hija de la dicha Doña Elena de Porres, y Pedro Rodriguez Portocarrero, se vale de otros instrumentos, que tambien ha presentado junto con la probança, que para este grado ha pretendido hazer en este pleito.

61 En la *pregunta* 3. *Mem. num.* 435. que es donde le articula, solo deponen dos testigos *à num.* 436. y 437. y el primero es de oidas, y por falta de noticia se remite à los instrumentos. Y el otro dize, que se lo oyò dezir à su padre, y por lo que dexamos fundado suprà *num.* no se puede estimar por probança para diferir por ella en pleito donde es tan grave el perjuicio.

62 Valese tambien del testamento de Pedro Rodri-

driguez Portocarrero, que està en el *Memor. à n.* 508. donde parece declarò, que Ordoño Ordoñez difunto fue casado con su hija Doña Luisa; pero conforme à derecho, y à las doctrinas que quedan referidas, la declaracion del padre no prueva plenamente en favor de la hija,

63 Lo primero, porque como advierte, y con muchos inseña Mascard. *de probat. conclus.* 790. *num.* 3. & 4. *Per nominationem enunciativè factam in aliquo instrumento ob aliam causam, quam ad finem probandi filiationem, nunquam probari posse.* Y aunque en el *n.* 5 lo limita, *Quod locum non habere, si essemus in antiquis,* habla *in nominatione assertiva, non in enunciativa.* Y en el *num. fin.* pone el caso aun en terminos mas estrechos de confession de madre, que puede saberlo por medio tan claro, como el de la experiencia; y dize: *Quod tantummodo facit aliquam præsumptionem indicij, non autem quoad probationem filiationis.*

64 Lo segundo, porque aunque parece que declarò ser su hija, no consta que la instituyesse por heredera, y en el derecho *Non datur filius sine hæredis qualitate, quando verè filius est, argumento leg. Quidam cum filium, ff. de verbor. obligat.* ex doctrina Bart. *in leg.* 1. *§. Iulianus, num.* 3. *ff. de liberis agnoscendis,* cum multis à Mascard. congestis *in conclus.* 793. *ex num.* 1. *& seqq.*

65 Lo tercero, porque tratandose oy *de magno praiudicio in probanda filiatione*, la dicha declaracion no se queda ni aun en terminos de conjectura, como hecha por el padre, que si oy depusiera como testigo, no se le diera fee, ni credito, ex craditis per Noguer. *in dict. allegat.* 25. *num.* 263. ibi: *Quod si hodie in humanis esset Didacus de Cuerba, & ageret de probanda sua filiatione certum est reliquos fratres in scriptura contentos in testes examinatos, non fore idoneos testes, cum sint fratres; & ideò verba enunciativa ab eis prolata, non*

probant propter hoc interesse, cum Aretino, Felino, Mãtica, & Ròta per Farinac. decis. 678. num. 5. circà finem, tom. 1. in posthum. quæ decisio individualis est ad reprobationem venditionis, scripturæ, & illationis ex ea factæ.

66 Lo quarto, y vltimo, porq̃ (*dato, & non concesso*) *quod confessio parentum probaret filiationem, tamen nõ poterat iustificare legitimitatem; quia filiatio non est verè probabilis, leg. Lutius, ff. de condit. & demonstrat. sed legitimitas verè probari potest*, sic concludit Marc. Anton. Nat. *in celebri consilio* 473. *num.* 28. y 29.

67 Quibus accedit, que como dexamos fundado suprà *num.* para probar cada grado en la filiacion que se pretende, *etiam in casu antiquo, ad minus* son necessarios dos instrumentos contestes en vna misma enunciativa, que sean claros, y sin sospecha, ni escrupulo, y aunque le demos estas calidades (que negamos) al dicho testamẽto, es vnico, y solo, y tanto por esto, como por las razones referidas, no prueva que la dicha Doña Luisa sea hija del susodicho, y de la dicha Elena; mayormente quando no consta de la identidad de esta, pudiẽdo probarlo tan concluyentemente, como previno la *ley* 11. *tit.* 13. *partit.* 6. por ser las madres ciertas de los hijos que nacen de ellas, y notan Noguerol *allegat.* 25. *ex num.* 21. *& seqq.* Mascard. *conclus.* 786. *ex n.* 1. Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 53. *num.* 1. *cum seqq.*

68 Valese tambien Don Fernando de vna carta de pago del año 588. *Memor. n.* 514. que otorgò Pedro Rodriguez de Alcantara, en nombre de Doña Luisa Portocarrero, à favor del Doctor Sande, y demas de no conducir para prueva de filiacion este instrumento, por ser hecho para diverso fin, es de notar la cautela q̃ contiene, delineando en èl la ascendencia de Doña Luisa, sin ser necessario para el acto que se hazia; y segun los Doctores referidos, no solo excluyen esta prueva, sino q̃ califica la mala fee del que le presenta.

De

69 De la misma calidad es otra carta de pago otorgada por Catalina de Murcia el año de 591 *mem.num.* 516.y se vale della Don Fernando: porque se enuncia que Doña Luisa escriviò vna carta al Doctor Francisco de Sande, y assimismo otra carta de pago del año 593.*mem.num.*517.que es de la misma naturaleza.

70 Tambien se vale de vna escritura de transaccion del año de 596.otorgada entre Iuan Benito, Mayordomo del Doctor Sande, y Fray Martin de Sande su hermano: porque estos enuncian que Doña Luisa era su prima hermana,*mem.num.*518.

71 Assimismo se vale de vna carta de pago del año de 588.*memor.num.*523. otorgada por Don Fernando de Cordova à favor de Doña Luisa, madre de Doña Iuliana,con quien se casava, de 26U500 pesos de plata; y aunque en èl no se dize de quien era hija Doña Luisa(como se prevenia en las cartas de pago con menos ocasion) todavia (porque en èl se haze fundamento por Don Fernando con mucha ponderacion, por ser instrumento de los que con propriedad se suelen valer para prueva de filiacion con la calidad de legitima) es necessario advertir, que el traslado que dèl sacò Don Fernando,no fue por mandato de Iuez, ni por el mismo Escrivano, sino por otro despues de 72. años, y no viene comprobado en la forma que vienen de Indias con tres Escrivanos, y està justamente redarguido de falso en el juizio de quentas, donde se pudo comprobar,y no se hizo.

72 Tambien se vale de las deposiciones de dos testigos en la informacion que queda referida, hecha el año de 598.en la ciudad de Zamora, por parte de Doña Luisa, que estàn en el *memor.à num.*562.*y* 563.que dizen la conocieron en el Perù; y siendo el vno el que dize *le dixo muchas vezes la dicha Doña Luisa, que era hija de Doña Elena de Ponce*, y el otro que depone

aver

aver dexado en el Perù à la dicha Doña Elena Pedro Rodriguez quando bolviò à estos Reinos, de cuyas cótrariedades queda hecha ponderacion *supr. n.* no repetimos aqui lo que alli se dixo; solo se nota, que siendo estos dos testigos, vno vezino de la Villa de Medina del Campo, y otro de la dicha ciudad de Zamora, no dizen quando passaron à aquellos Reinos para conocer en el Perù à dicha Doña Luisa, ni dan razon alguna que justifique sus deposiciones.

73 Vltimamente se vale de diferentes cartas missivas que la dicha Doña Maria Sande, vltima posseedora, exhibiò en el juizio de quentas el año de 664. quando hizo la declaracion que està en el *mem. à num.* 706. y como quiera que son papeles simples, que alli se redarguyeron, y no se han comprobado, y que tampoco en ellas no se enuncia grado fixo de parentesco, se deven desestimar, pues no conducen para prueva de filiacion, donde se requiere tan clara como avemos fundado.

74 Menos le puede aprovechar lo que la dicha Doña Maria Sande supone en dicha declaracion, con afectacion tan conocida como la del pedimiento del año de 655. que està en el *mem. à num.* 628. delineando con particular estudio toda la ascendencia del dicho Don Fernando, y casamientos de las personas de cada grado: porque demas de la respuesta que avemos dado *supr. num.* y que estas declaraciones las hizo la susodicha despues de litigado el pleito de jactancia, y en odio de Doña Mariana de Mesa, y Don Francisco de Mesa su hermano, por averla vencido en la executoria que à su favor obtuvieron, y que no citò para este litigio al dicho D. Fernando, siendo assi que lo era mas perjudicial que no el de quentas, por ser la disputa sobre si eran, ò no los bienes vinculados, y à quien tocava la succession, segun consta de la executoria del Consejo, *mem. num.* 82. y del pedimiento que Doña Mariana,

y

y Don Francisco de Mesa su hermano presentaron, que està en dicho *mem.à num.79.*

75 Quando esto no fuera tan cierto, es constante que el posseedòr del mayorazgo; quando se trata de la succession dèl, con su hecho proprio no puede perjudicar à los legitimos successores, ni reconociendo à alguno por consanguineo, le puede hazer capaz de la succession, Alciato *responso* 201.*num.*57.*& responso* 625.*ad finem, vers. Item, quia non est standum*, Iason *cons.* 106. *columm.*2.*vers. Secundo, & adhuc lib.*1.Grat. *cons.* 140. *num.*44.*lib.*2. qui afirmat hanc esse veram, & communem opinionem Mascar.*conclus.*799.Menoch.*cons.*89. *num.*22 *vers. Ostenditur.*

76 Y aunque el señor Don Luis de Molina *lib.*1. *de prim.cap.*8.*num.*38.con muchos resuelve, que en el caso dudoso, est sumè consideranda la declaracion del vltimo posseedor del mayorazgo; habla en en otros terminos quando en el punto de la succession es dudoso, y equivoco el derecho de los que la compiten, vt videre est in antecedenti versiculo, *& in dict.num.*38.ibi: *Sed quamvis vltimus maioratus, possessor non possit quidpiam ex his, quæ eius institutor disposuit alterare: poterit tamen dubiam illius dispositionem interpretari designando in suo testamento illum, quem arbitratur maioratus institutorem in eiusdem successione preferre voluisse.* Y aun en este caso dize que ha de ser verosimil esta interpretacion de voluntad.

77 Ex quibus omnibus deducitur, que quando la identidad, y grado de Elena no padeciera los achaques, y defectos que opusimos, y fundamos en su lugar, y constara con la claridad que se deve de su identidad, y grado, no se halla por medio alguno justificada la de la dicha Doña Luisa.

78 Y Aunque con lo que hasta aqui và ponderado se convence la exclusion desta, y la identidad de su persona, y lo articulado por parte de Don Fernando, de que fue hija legitima de Ordoño Ordoñez de Valencia, y Doña Luisa Portocarrero, no pudiendo fundarlo en los instrumentos, informaciones, y papeles, de que hasta aora se ha hecho mencion; resta el responder à otros instrumentos, de que se vale para lo que toca à este grado.

79 En la *tercera pregunta* de su probança *memor. num.* 435. es donde està articulado, que la dicha Doña Iuliana fue hija de los dichos Ordoño Ordoñez de Valencia, y Doña Luisa, en que solo deponen los dos testigos de oìdas, que tambien dixeron en la filiacion de Doña Luisa, articulada en esta misma pregunta, con que omitimos la satisfaccion; pues ya queda dada suprà *num.*

80 Valese el dicho Don Fernando de la que dize es partida de fee de Bautismo de Doña Iuliana de veinte y siete de Enero del año de 1575. que està en el *memor. à num.* 505. y contra ella se nota, y responde.

81 Lo primero, que este instrumento està sacado sin autoridad alguna, ni citacion, y està redarguido, sin averse comprobado, y no merece fee, ni credito.

82 Lo segundo, porque en la partida no se dize, ni enuncia quien fuesse la persona que bautizò à Iuliana, aunque en ella se puso la palabra: *Bautizè*, ni està firmada de ninguna persona, y arguye este reparo ser sospechosa, y falsa, y como tal justamente redarguida.

83 Lo tercero, porque esto se comprueva por la fee de Bautismo de Antonio, que se dize ser padre de Don Fernando, que està en el *memor. num.* 528. que dize assi: *Viernes 23. de Abril del año 1593. Yo el Doctor*

D.

D.Pedro Muñoz, Arcediano de la Catedral del Cuzco, bautize à Antonio, &c. y despues firma: *El dicho Doctor D.Pedro Muñoz*; y si la fee de Bautismo de la dicha Doña Iuliana fuera legitima, y verdadera no tuviera el defecto tan notable, y constàra del Prebendado, ò Sacerdote que le bautizò, ni es verosimil, que en vna Iglesia Catedral, como la de la Ciudad de los Reyes, se ignorasse este requisito tan essencial, con que la vna fee de Bautismo, quita la fee, y credito de la otra, *ex textu, vbi repugnantia, de regul. iur.* Farinac. *de falsſ. q.* 153. *ex num.* 121. plura congerit Noguerol *in dict. allegat.* 25. *ex num.* 315. cum D. Valenz. *consſ.* 92. *num.* 196.

84 Lo quarto, porque si la dicha Doña Iuliana huviera sido hija de los dichos Ordoño Ordoñez, y Doña Luisa, y huviera nacido en el dicho año de 575. la avia de reconocer, y nombrar por su nieta Pedro Rodriguez Portocarrero en su testamento *à num.* 509. como nombrò, y reconociò a Don Antonio, y a Don Pedro, aunque no dize de quien fueron hijos.

85 Lo quinto, porque la misma Doña Iuliana se dize, que otorgò su testamento en la dicha Ciudad de los Reyes en veinte y ocho de Mayo de 1627. que se refiere en el *memor. num.* 544. y tampoco dize, quienes fueron sus padres, y es digno raparo, que en instrumentos tan principales, como estos testamentos no se refiera, ni enuncie, y que en otros de menos estimacion, como los poderes, y cartas de pago que quedan referidas, se procurasse con tanto cuidado afiançar la parentela.

86 Y aunque Don Fernando de Cordova, con quien se dize estuvo casada la dicha Doña Iuliana, enúcia en el recibo, y carta de pago que otorgò el año de 588. *memor. num.* 523. que la susodicha era hija de Ordoño Ordoñez, y de la dicha Doña Luisa: de mas de q̃ como interessado, oy no probaria su declaracion si viviera: este instrumento no tiene estimacion alguna por

o que dexamos dicho suprà *num.* respecto de ser vn traslado sacado sin citacion, ni autoridad de Iuez, y no venir comprobado en la forma ordinaria, y estar en vno, y otro pleito redarguido, y no comprobado.

87 Y fundando Don Fernando la filiacion de dicha Doña Iuliana en los instrumentos que vàn referidos, no resulta probada por medio alguno, y aunque ha presentado otros muchos, que solo conducen a legitimar la persona de su padre, y madre, por las lineas, y ascendencia de Doña Catalina Fernandez de Cordova su madre, y del General Don Fernando de Cordova, que dize su abuelo, omitimos el discurrir sobre ellos, por no alargar el papel, y no conducir para los tres grados que quedan notoriamente excluidos, sin que con claridad, y verdad se pueda creer que la dicha Doña Iuliana, la del *num.* 14. aya sido hija de Doña Luisa Portocarrero, y Ordoño Ordoñez, los del *n.* 8. y mucho menos viznieta de Fernando de Sande, y Teresa de Porras, los del *num.* 1. por la demonstracion que dexamos hecha de no averse provado, ni verificado que Elena de Porras, la del *num.* 3. fuesse hija de los susodichos, ni hermana de Pedro de Sande, el del *num.* 4.

88 Y de todo resulta con evidencia, que aunque Don Fernando tuviera verificado (que negamos) los dos extremos de ser nieto de dicha Doña Iuliana, la del *num.* 14. y el otro extremo de q̃ el Doctor Sande, *n.* 10. fuesse nieto de los del *num.* 1. no estando probada la ascendencia media que vne; y junta estos dos extremos, la assertiva probança queda desvanecida; como en estos terminos lo determinò la Rota apud Mant. *decis.* 88. *num.* 2. ibi: *Et quidem vt descendentia probetur singuli gradus distincti probari debent; adeo vt si deficiat probatio vnius gradus; aliorum etiam graduum consequentia destruitur, cap. Licèt ex quadã, de testib. Bald. post Innocentium, in cap. Series, num. 1. & 3. eodem tit.*

Ce-

Cepola conſ.43.num.3. & 4. in civilibus, Decio conſ. 321.num.6.& 7.& fuit reſolutum in cauſa ſutrina beneficij, coram R. P. D.Pamphilio die 18. Decembris 1587.vnde licet probatum eßet Antiochum eſſe filium Angeli, qui fuit filius Philippi Mariæ, non tamen hæc probatio concludit, niſi etiam probetur, quod Philippus Maria deſcendat ab ijs, quibus fuit ab initio conceßum ius Patronatus.

89 No puede ſer mas elegante deciſion para nueſtro caſo, la qual tambien refiere Riccio *in praxi iuris Patronatus, deciſ.155.* y en terminos la confirma con otras doctrinas Don Pedro Noguerol *in dict. alleg. 25.num.312.* hablando en terminos de probança de filiacion dudoſa, y equivoca, y donde ſe hallan contrarias demonſtraciones, vnas que pruevan la diverſidad, y otras la identidad, que ad invicem ſe excluyen, y nada pruevan, vt per hæc verba concludit: *Ex quo ſequitur probationem D.Ioannæ de Zurita dubiam remanere, & æquivocam, & non concludere à quo, ex prædictis Didacus de Cuerva originem trahat, ex doctrina Pauli in leg. in teſtamento quidam, ff.de condit. & demonſtrat. vbi ait, quod ſi reperiuntur demonſtrationes contrariæ hinc inde, quædam probantes diverſitatem, aliæ verò identitatem ad invicem ſe excludunt, & nihil ex eis probatum reſultat, quod latè exornat Surd.conſ.235. num. 19.volum.2. & probatio dubia conſanguinitatis non ſuficit, & retorquatur contra probantem, vt ſupra dictum eſt,* quod etiam expreſsè probant text. *in leg. 1. Cod. ſi vnus ex pluribus appel.* Bart. *in leg. inter ſtipulantem, §.1.num.3 ff.de verb.oblig.* Menoch. *lib.6. præſumpt.15 num.3.* Surd. *deciſ.55. num.1.* Gratian. *deciſ. March. 148.num.2.* y que no ſe dà fee, ni credito alguno à tan ſoſpechoſas, y dudoſas probanças, quando de lo contrario reſultan tan irreparable perjuicio como del que ſe trata, con muchos lo reſuelven Franciſco Marco *de-*

*cis.609.num.4.vers.Et pariter,tom.*1.Gratian.*discept.* 790.*num.*4.Scobar *de puritate,*1.*part.q.*16. *à num.*2. *&* 6.

90 Procoronide notanda est vna razon viva, y concluyente, fundada en la consideracion de vna necessaria consequencia, que se sigue de la misma ponderacion hecha por Don Fernando, sobre el punto de que el fundador, viviendo el General Don Fernando de Cordova, se tratavan de parientes, con la voluntad, y cariño que resulta de las cartas missivas que exhibiò D. Maria Sande en su declaracion (que aunque no merecen fee, ni credito, por lo que dexamos dicho) es notable reparo, que en el medio tiempo de las tres escrituras en que fundaron el mayorazgo el Doctor Sande, y Doña Ana de Mesa, fuesse en el que Don Fernando dize estava mas viva esta correspondencia, y que despues de los llamamientos de los hijos, y descendientes de los fundadores, hiziessen el vniversal, y comun del pariente mas cercano, sin dar llamamiento, y sustitucion expressa à Doña Iuliana, pues vivia, ò alguno de sus hijos, quando la predileccion estava tan presente, y que los omitiesse sin hazer mencion de alguno dellos, sin embargo de que la carta del *num.*709. parece escrita por el Doctor Francisco de Sande desde Santa Fè, en el año de 600. al dicho Don Fernando, hallandose en la ciudad de Lima, en que parece dize, que escrivirà à todos, y harà poco, pues à la verdad no tiene otros deudos que en sangre, y amor lo sean.

91 Y si esto, y todo lo demas no fuera ficcion de Don Fernando, ò en las escrituras antecedentes, ò en la vltima inmediata al dicho año de 600. hecha en el de 602 (siendo el vltimo acto donde la voluntad no disimula, ni omite las obligaciones de la sangre, y parentesco) avian de aver reconocido los fundadores el que aora no ha podido Don Fernando verificar con tantos,

y

y tan inumerables inſtrumentos de todo genero, como tiene preſentados en eſte pleito, y los huvieran llamado deſpues de ſus hijos, y deſcendientes, ò les dexaran alguna manda, ò legado, ò hizieran alguna demonſtracion en declaracion de la voluntad, y parenteſco; y ſi vno, ni otro hizieron, y ſus miſmos inſtrumentos tienen contra Don Fernando tan notoria reſiſtencia, contrariedad, y diſſonancia, no ſe puede dar por probada ſu filiacion, y mucho menos con la preciſa calidad de legitima, ni la contraria eſtimacion ſe ajuſta al hecho del pleito en los numeros que van notados, ni cabe en los fundamentos legales, y reſiſte al ſentir de la razon mas natural.

Articulo Segundo.

92 AVnque de lo que dexamos dicho reſulta la notoria excluſion del dicho D. Fernando, pues ſin aver probado ſu filiacion legitima, no podia entrar à competir con Doña Mariana la ſucceſſion deſtos mayorazgos; en el derecho es mas evidente ſu excluſion, conſiderandole (ſin perjuicio de lo que dexamos dicho) en el lugar, y grado del *num.* 23. y à Doña Mariana en el ſuyo del *num.* 19. pues aviendo de diferirſe por voluntad expreſſa, y vniforme de los fundadores, con el llamamiento que hizieron del pariente mas cercano al vltimo poſſeedor, ſiendolo la dicha Doña Maria Sande, la del *num.* 17. ſe manifieſta la incluſion de Doña Mariana, en quien ſe verificò la calidad del llamamiento al tiempo de diferirſe la ſucceſsion, pues ſe halla con prelacion de dos grados de cercania, reſpecto del dicho Don Fernando.

93 Y para hazer mas clara evidencia del derecho de Doña Mariana, notarèmos en las clauſulas lo que ſe halla diſpueſto para eſte caſo.

94 En la primera eſcritura de fundacion de 16. de

de Febrero de 1594. los fundadores Don Francisco de Sande, y D. Ana de Mesa hizieron mayorazgo, *memor. num.* 29, de los bienes que expressan en esta escritura; y en el *num.* 33. ordenaron que todos los bienes los hazian vn cuerpo indivisible, sin que se pudiesse dividir, manifestando desde luego su voluntad, de que aunque fundavan marido, y muger, querian que fuesse solo vn mayorazgo indivisible, è inalienable.

95 Lo mismo previnieron en la *claus.* 15. *num.* 48. por estas palabras: *Que perpetuamente, para siempre jamàs los dichos bienes esten hechos vn cuerpo, y no divididos, ni partidos, vendidos, ni enagenados, &c.*

96 Y en la segunda escritura que hizieron en 5. de Noviembre de 1596. en virtud de la Real facultad con que fundavan, y que reservaron por la *clausula* 18. *à num.* 51. para diminuir, añadir, ò quitar qualesquier clausulas, y fundaciones; mandaron *à num.* 56. donde hizieron adicion al *capit.* 15. que inviolablemente se cumpliesse, y guardasse lo dispuesto sobre la prohibicion de enagenacion, è indivision de los bienes del dicho mayorazgo; y despues de aver ordenado que los pleitos se juzgassen con brevedad, como los de tenuta, y prohibido conciertos, pactos, y transacciones à las partes litigantes, excluyendo de la succession al que vsare dellas, mandaron, y fue su voluntad expressa, que el pleito se determinasse en justicia, y adjudicasse à aquel por quien fuesse sentenciado, y añadieron, ibi: *Y sea todo entero inegable, sin se poder dividir por tiempo señalado, ni perpetuo, assi los bienes dèl, como los frutos, comodidades, y aprovechamientos dellos: porque la voluntad de los dichos señores es, que todo ande junto, y vnido, como lo està, y lo dexaren con lo que fueren aumentando en qualquier manera.*

97 Y en la tercera escritura que otorgaron en la ciudad de Santa Fè en 13. de Abril de 1602. en la adicion

cion de la *clausula 6. mem. num. 62. in fin.* repitieron lo mismo con voluntad expressa de que fuesse vn solo mayorazgo indivisible, en que solo fuesse vno el successor, sin poderse partir, ni dividir.

98 Siendo esta la voluntad tan vnida, y expressa, como se reconoce geminada en todas tres escrituras, se ajusta, y conforma con la disposicion de derecho, en cuyos terminos tiene resuelto, y determinado que este mayorazgo aunque fundado por marido, y muger, es vno solo para siempre indivisible, en que ha de suceder, y aver vn solo posseedor, in primis Gregor. Lopez *in leg. 2. tit. 15. part. 2. gloss. 18. quæst. 5.* ibi: *Sed pone retento eodem themate; quod maritus, & vxor expressè voluerunt, & disposuerunt, quod esset vna tantum maioria semper: ita quod non potest verificari, quod supra dictum est, vt succedant duo, vnus in bonis viri, alter in bonis vxoris: immo vnus tantum debet succedere, & tunc videtur, quod preferatur proximior consanguineus cuiusque ipsorum, leg. cum ita; §. in fideicommisso, ff. de legat. 2.* & inferiùs, ibi: *Sed in quæstione prædicta vterque disponit, & bona de quibus disponunt, fuerunt tàm viri, quam vxoris, & constat quod voluerunt, quod semper esset vna maioria indivisibilis.* Y como original, y doctrina de varon tan docto la siguen, y observan Don Iuan del Castillo *lib. 5. controv. cap. 67. num. 27. & 28. vers. Ego vero,* Cevallos *comm. contra quæst. 265. num. 17.* Ioan. Gutierr. *cons. 2. num. 6.* y con todos para en su caso Noguer. *alleg. 9. num. 19. & 20.* Y siendo esta conclusion tan llana, y sin disputa, assi en fuerça de voluntad expressa, como de disposicion clara de derecho, como reconocida, y confessada por Don Fernando, no necessita de mas comprobacion.

Que Doña Ana de Mesa, fundadora, no pudo alterar en todo, ni en parte este mayorazgo.

99 ES precisso hazer con brevedad este presupuesto, por la ponderacion que haze Don Fernando, de que este mayorazgo es fundacion sola del Doctor Sande, y que assi nadie puede competirle, tomando por motivo la declaracion, y simulada escriptura (que aviendo sobrevivido) hizo Doña Ana de Mesa en diez y seis de Enero de 628. *memor. num.* 75. y 76. en que dixo, que solo avia fundado con su marido este mayorazgo por su voluntad, y obediencia, en cuya contemplacion le hizo, y que declarava, y declarò por nulas las dichas escripturas de fundacion, y que solo subsista la que en diez y siete de Diziembre de 627. avia hecho Doña Maria de Sande su hija, à la qual prestò su consentimiento.

100 Sin advertir lo primero, la colusion, y fraude que entre las dichas Doña Ana de Mesa, y Doña Maria Sande su hija precediò (en perjuicio de los successores llamados) quando otorgaron estas dos escripturas, que dieron motivo à la dicha Doña Maria Sande para presentarlas, y poner la demanda de jactancia, *mem. n.* 77. y 78. en que pretendiò se declarassen los bienes del dicho mayorazgo por libres, aunque los deudos de sus padres se jactavan de que eran de vinculo, y mayorazgo, para lo qual pidiò se citassen los interessados, y los dichos Don Francisco, y Doña Mariana de Mesa por su pedimiento impugnaron esta pretension, y en èl concluyeron, que los bienes que avian quedado del Doctor Sande, y Doña Ana de Mesa su muger se avian de declarar por de vinculo, y mayorazgo, fundado por ellos: *Y deverse continuar despues de la muerte de la dicha Doña Maria la succession en dichos Don Francisco, y*

Doña Marina, y en las personas que en ellos deviessen suceder, por la orden, y grado que les tocasse.

101 Y aviendose seguido el pleito, reconociendo por justa la pretension de Doña Mariana, y Don Francisco su hermano, por executoria del Consejo de diez y siete de Febrero de 647. *memor. num.* 82. se declararon por de vinculo, y mayorazgo perpetuo irrevocable (en fuerça de las escripturas de fundacion que se presentaron) todos los bienes, assi del Doctor Sande (para que en ellos sucediesse aquel, à quien conforme derecho tocasse) como los de la dicha D. Ana de Mesa para que sucediessen en ellos (muriendo la dicha Doña Maria Sande sin descendientes legitimos) los parientes de dicha Doña Ana que tuvieren primer lugar, y grado.

102 Cuya determinacion justa tomò por fundamento, assi la voluntad expressa de los fundadores, como la disposicion de derecho, porque en la *clausul.* 18. *memor. n.* 51. aunque reservaron la facultad, para enmendar, añadir, ò quitar, y alterar las clausulas, y llamamientos, fue debaxo de vna condicion, y contrato reciproco, vt ibi: *Con tãto que lo hagamos ambos à dos de vn acuerdo, y conformidad, è no el vno sin el otro: porq̃ assi es concierto, è conveniencia entre ambos à dos*, y lo mismo repitieron en otras clausulas de las posteriores escripturas.

103 Sin que lo contrario se pueda inducir de lo determinado por dicha executoria; pues en aquel pleito no se litigò sobre divisiõ de mayorazgos, sino sobre si eran vinculados, ò no los bienes de ellos, q̃ es à lo que difiriò el Consejo: ni el aver dicho que en los del Doctor Sande sucediessen los que conforme à derecho deviessen, y en los de Doña Ana de Mesa, sus parientes, arguye division alguna, pues (como se probarà en su lugar) tambien deve suceder en los del Doctor Sande la dicha Doña Mariana; y en lo que no expressa, ni pudo

la

la ſentencia, por ſer contra diſpoſicion de derecho, y voluntad expreſſa de los que fundan, no ſe puede ſacar argumento para probar lo contrario. ſobre que no fue el pleito, ni ſe hizieron autos algunos, ad tradita lata manu per D. Valenz. *conſ.* 169. *num.* 35. & vt tenet *n.* 37. *Inſipientia notaretur Iudex, qui extrà petita iudicaret, vt per gloſſ. & DD. in cap. Prudentiam, § Sexta, de offic. Deleg.* y eſto ni aun es preſumible en el Tribunal Supremo; *nam eſſet ſpecies ſacrilegij, ex l.* 3. *C. de crimin. ſacrileg.* & idem D. Valenz. *dict. conſ.* 169. *n.* 38. y 39. cum pluribus concludit: *Quod ſententia recipit declarationem, non ſolùm ex libello, ad quem tacitè refertur, ſed etiam ex actis, & probationibus*, y proſigue haſta el *num.* 49. con muchas doctrinas, y fundamentos en comprobacion de lo referido.

104 Y en la diſpoſicion de derecho es propoſició aſſentada, que mediante la dicha condicion, y pacto expreſſo, no puede alterarſe lo diſpueſto por el vno, ſin la voluntad del otro, ni eſto admite queſtion, D. Larrea *deciſ.* 60. *num.* 8. *ex leg.* 9. *tit.* 6. *lib.* 3. *fori*, ibi: *Nec poterit revocari, quia inducit naturam omnium contractuũ, & conventionum, &* in *num.* 9. ibi: *Quid enim apertiùs excogitari potuit, vt nulla voluntatis quæſtio admittatur? leg. Ille, aut ille,* 25. *ff. de legat.* 3. *præſertim quia hoc poſtremum diſpoſitionis adijcitur, quod ſemper attendi oportet, leg. Si quis in priori, ff. de legat.* 3. *leg. Pacta noviſsima, Cod. de pactis,* Menoch. *conſ.* 176. *n.* 3. & *lib.* 4. *præſumpt.* 165. *num.* 28. Caſtill. *lib.* 4. *controverſ. cap.* 37. *num.* 31.

105 Con que no tiene fundamento dezir D. Fernando que eſte mayorazgo ſe deve conſiderar ſer fundacion ſola del Doctor Sande, buſcando por eſte medio la defenſa que dificulta, compitiendo con Doña Mariana, y es preciſſo que cõfieſſe vencido de la voluntad, diſpoſicion de derecho, y determinacion de dicha exe-

cu-

cutoria,que el mayorazgo es fundado por marido, y muger,considerandolos vnidos, como vna sola cabeça de dos familias, representada en Doña Maria Sande su hija,y vltima posseedora,desde donde la *ley 45.de Toro* transfiere la possession legal en el que conforme à la voluntad de los fundadores deve suceder.

106 Y si esto milita para con la dicha Doña Ana de Mesa fundadora; que sobrevivió al Doctor Sande su marido, con quanta mayor razon le obsta à la dicha Doña Maria Sande su hija, y vltima posseedora; para que no pudiesse,assi en la escritura que queda referida, como en el testamẽto q̃ otorgò el año passado de 671. *mem.num.* 163. contravenir,ni alterar parte alguna(de o que ambos fundadores sus padres dispusieron en las escrituras de fundacion deste mayorazgo) en perjuicio de los legitimos successores.

107 His suppositis, por esta fundacion de mayorazgo los dichos Doctor Sande dieron llamamiento en forma regular para la succession dèl à sus hijos,y descendientes,los del *num.* 15.16.*y* 17. como consta de la primera clausula,*mem.num.* 34.de los quales no ha quedado succession alguna,y por la segunda *à num.* 35. dixeron:

108 *Item,que siempre ha de suceder en este dicho mayorazgo el mas cercano al vltimo posseedor, prefiriendo los hijos del hijo mayor difunto en vida del vltimo posseedor su abuelo,à los hijos vivos, tios de los hijos del hijo mayor muerto,nietos del dicho vltimo posseedor: porque el hijo, ò hija en esta succession ha de representar al padre,como si viviera mas que el abuelo,vltimo posseedor in infinitum, prefiriendo el sobrino al tio: porque assi lo queremos,y disponemos.*

109 Y por explicar la duda que podia resultar, sobre si en esta clausula se dava llamamiento al pariente mas cercano, respecto del vltimo posseedor despue

de los hijos, y descendientes de los fundadores: con providencia lo declararon en la segunda escritura, *memor. num.* 56. por aquellas palabras: *E quando faltare de la sangre de los dichos señores, conforme al llamamiento, se haga lo que por el dicho mayorazgo està dispuesto à falta de todos*; que fue lo mismo que à falta de todos sus hijos, y descendientes, sucediesse el pariente mas cercano al vltimo posseedor, explicando vna clausula con otra, de las quales se induce el concepto, y voluntad expressa de los fundadores, *ad text. in l. qui filiabus*, 17. *ff. de legat.* 1. *leg. si quis in principio*, 22. *de legat.* 3. *melior text. in leg. verum*, 23. *ff. de petitione hæred.* y con Bart. Matienço, Surd. Feb. Castill. y Fusar. tenet Dom. Larr. *decis.* 60. *num.* 9. *Vnam partem dispositionis aliam explicare, vltra quam in eadem dispositione; omne quod in ea exprimitur attendi debet; nec consideratur, priùs, vel posteriùs, cum omnia simul, & semel vires suscipiant, & perficiantur voluntate testantis*, ex Bald. Afflictis, & alijs Gratian. *tom.* 1. *discept.* 175. *num.* 5. Fontanel. *de pactis nupt. clausul.* 7. *gloss.* 2. *part.* 2. *num.* 42. Robles *de repræsant. dict. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 25. vbi plures refert.

110 Y el dicho Don Fernando alega, y tiene confessado lo mismo en su peticion, *memor. num.* 209. valiendose del llamamiento del pariente mas cercano al vltimo posseedor para entrar à competir con la dicha Doña Mariana, y lo mismo repite en otros muchos alegatos.

111 Y porque no nos embarace el discurso en el punto principal la question que antes se disputava entre las partes, sobre si Doña Mariana litigava con su proprio derecho, ò el representativo de la persona de Don Francisco de Mesa su hermano, con ocasion de la renunciacion que este hizo en 17. de Febrero de 1672. en la dicha Doña Mariana, y en Don Antonio su hijo,

mem.

mem.num. 179. (q̃ue se ponderava por Don Fernando, para dezir que en el dicho Don Francisco de Mesa no concurrian las calidades que para suceder se requerian por la fundacion) oy parece que ha cessado esta disputa, mediante la confession reciproca que las partes hizieron en la peticion que và anotada al fin del memorial; y como quiera que la dicha renunciacion fue valida, por lo que resuelven D. Christoval de Paz *de tenuta, cap.* 35. *ex num.* 36. y el señor Don Luis de Molina *de primog. lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 23. *y* 24. assi por no tener successsion el dicho Don Francisco, como por averla hecho en el successsor inmediato, que se halla en el mismo grado como Doña Mariana; de qualquier forma que se considere tiene notoria prelacion, respecto del dicho Don Fernando, como resultarà ex sequentibus.

112 El pleito es entre la dicha D. Mariana, y el dicho Don Fernando, sobre qual de los dos se halla con la calidad de pariẽte mas cercano, respecto del vltimo posseedor (que fue Doña Maria de Sande) y es sin disputa, que el que hiziere demonstracion desta cercania, tendrà por si la voluntad de los fundadores, y todas las reglas legales para suceder en este mayorazgo, y que à su favor se declare la tenuta.

113 Y conforme la linea de Doña Mariana, por donde sube à buscar el parentesco con la dicha Doña Maria, viene à estar con ella en tercer grado de consanguinidad, como su prima segunda, ambos hijos de Doña Ana de Mesa fundadora, y de Christoval de Mesa su primo hermano, padre de dicha Doña Mariana, y que el dicho Don Fernando se halla remoto en dos grados, como quarto nieto que se supone de Fernando de Sande, y Teresa de Porras, visabuelo de dicha Doña Maria Sande.

114 En cuyos terminos, aviendo sido el llamamiento comun para los parientes de la familia de ambo

bos fundadores, con igualdad, y sin diferencia alguna, y sin limitacion à solo los del apellido de Sande (que D. Fernando pondera, y se darà satisfacion en su lugar) no puede negarse el claro derecho que à Doña Mariana assiste, como mas cercano pariente, y que tiene de su parte todos los fundamentos legales, y contestes las doctrinas que en los terminos deste mayorazgo fundado por marido, y muger tocaron, y resolvieron el punto.

115 El primero, como avèmos dicho, es Greg. Lopez *in dict. leg. 2. tit. 15. p. 2. gloss. 18. in dict. quæst. 5.* donde pone el caso con claridad en las palabras que van puestas *supra num.* de aver fundado marido, y muger, con expressa, y vnida voluntad vn solo mayorazgo indivisible, donde no se puede practicar lo que dexa resuelto en la question antecedente; hoc est, quod duo succedant; vno en los bienes del marido, y otro en los de la muger, sino que ha de suceder vno tan solamente, y entonces es preferido el consanguineo mas cercano de qualquiera dellos, por la *ley cum ita, §. in fideicomisso, de legat. 2.*

116 Y en esta misma mueve otra question en el caso de concurrir en igualdad de grado (sin ficcion alguna) dos consanguineos (que tocarèmos con especialidad en el punto de la representacion de que se quiere valer Don Fernando) y en este caso por la *ley cum pater, §. à te peto, de legat. 2.* la resuelve, dando por el orden tacito de escritura prelacion al pariente del marido: porque en aviendo desigualdad, dize: *Nam satis est quod non stantibus in pari gradu præferatur proximior, licet sit ex parte vxoris.*

117 Con esta doctrina solida resolviò su question Don Iuan del Castillo *lib. 5. controvers. cap. 67. num. 28. vers. Ego verò*, trasladando à la letra las palabras deste docto varon, autoriçando por juridica, y verdadera su sentencia en la materia de mayorazgos,

per

per hæc verba: *Hactenus Gregorius ipse Lop. qui erudite, & magistraliter (vt ad solet) iuridice etiam, & vere (quod attinet ad maioratum) dubium propositum resolvit.* Del mismo Autor hizieron mencion Ioan. Gutierr. *cons. 2. num. 9.* donde no pudo acomodar la doctrina; porque en aquella Capellania por expressa volũtad estavan llamados dos Capellanes, tambien es concordante la sentencia de Cevallos *commun. contra com. lib. 1. quæst. 265. num. 18.* donde despues de larga disputa en los mismos terminos deste pleito resolviò la questiõ con la doctrina de Gregorio Lopez, y despues pone estas palabras: *Et sic in simili casu maioria facta in eodem testamento inter maritum, & vxorem resolvit Gregor. in leg. 2. tit. 15. part. 2. verbo El mas propinquo pariente, columna. 3. fol. 47.* dicens: *Quod data inæqualitate consanguinitatis præfertur magis consanguineus, sive ex parte mariti, sive vxoris referendo illa verba, el pariente nuestro mas propinquo, singula singulis*; y à todos los refiere Noguer. *alleg. 9. num. 19. & 20.* donde no dudò de la conclusion referida, vt ibi: *Quod si litigantes sint in æquali gradu præferatur consanguineus viri, si vero sint in inæquali, quia consanguineus vxoris est proximior, ille debet præferri ex natura maioratus.*

118 Y arreglandose las doctrinas referidas à la voluntad expressa de los fundadores, y terminos individuales del pleito, puede con toda seguridad D. Mariana afirmar que por qualquier medio es indisputable su derecho para suceder, aun en el caso de no ser el llamamiento tan expresso, y que no se huviera de diferir la succesion por voluntad, sino por disposicion de ley, por hallarse con las ventajas de la proximidad, *ex text. vulgari in dict. leg. cum ita legatur, §. in fideicommisso, de legat. 2.* ibi: *Aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint, eo tempore, quo testator more-*

retur, & qui ex his primo gradu procreati sint, leg. peto, §. fratre, ff. eodem tit. cum vulgatis; Anton. Gom. *in leg. 40 Tauri, num. 64. vers. Sed in hoc articulo*; D. Covar. *lib. 3. variar. cap. 5. num. 4.* Matienço *in leg. 1. tit. 7. lib. 5. Recop. gloss. 7. num. 4.* Castillo *lib. 2. controv. cap. 22. num. 39. & lib. 4. cap. 36. n. 33. y 34.*

119 Y la razon legal es, porque la disposicion de la ley, ò la voluntad del que funda para vn caso expresso, y determinado, obra sus efectos en el omitido; quando es verosimil dispusieran lo mismo, si de illo cogitaret, & esset interrogatus, *vt probat text. in leg. tale pactum, §. fin. ff. de pactis, lag. Titius, §. Lutius, ff. de liberis, & posthum. text. in leg. si ita scriptum, ff. eodem tit. text. cum materia licet vulgaris, in leg. cum avus, ff. de condit. & demonstrat.* & in suo casu vnicus, *text. in leg. 3. Cod. de inofficioso testament.* vbi plura notant DD.

120 Y de vnas, y otras doctrinas se infiere la inclusion notoria de Doña Mariana, pues como à mas cercano pariente transfiriò en ella la ley la possession civil, y natural, ex expressa voluntate, por averse hallado con la qualidad referida tempore delate succelsionis, *ad text. in leg. non oportet, ff. de legat. 2. leg. intervenit, ff. de legatis præstandis,* plura tradit Dom. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 13. n. 37.* D. Valenz. *cons. 23. n. 155.* ibi: *Et ita cum D. Rodericus del Castillo fuerit qui reperiebatur consanguineus, propinquior institutoris, quãdo vltimus poßeßor decessit, ipse solus est vocatus, & demonstratus, & non adversarij, quia quod non est in esse productum demonstrari non potest, leg. nominatim, ff. de condit. & demonstr.*

121 Con lo qual parece, que el derecho de Doña Mariana queda bastantemente fundado con lo que resulta de todo lo que hasta aqui avemos dicho, y no se necessitàra de mayor digression, si por Don Fernando

no

no se hizieran algunas replicas, de cuya satisfacion puntual resultarà (aun con mas evidencia) la justificacion de lo que Doña Mariana pretende.

Primera Replica.

122 LO primero que se opone por Don Fernando (haziendo gran ponderacion en sus alegatos) es dezir, que los fundadores por vna de las clausulas de su fundacion (que està en la vltima escritura, *mem.num.69.*) impusieron à los que huviessen de suceder en este mayorazgo la obligacion, y gravamen de llamarse del apellido, y nombre de Sande, privando à los que contravinieren de la succession dèl.

123 Y porque con la sutileza del Abogado contrario se formaràn muchos argumentos para inducir alguna no bien hilada consequencia, pretendiendo calificar, que solo podrà suceder Don Fernando, por apropiarse el apellido de Sande; y suponerse descendiente desta casa; y que no siendolo Doña Mariana, tendrà notoria exclusion: procurarà nuestra cortedad hazer demonstracion, assi del caso, personas, y mayorazgos con quien hablaron los fundadores en dicha clausula, como de la manera que cumple el que viene à suceder con el dicho gravamen, aunque se estime impuesto en todos los mayorazgos, assi en el principal, como en los que refiere con limitacion la dicha clausula.

124 Para lo qual se supone, que aviendo los fundadores instituido el mayorazgo principal, impusieron vn gravamen à Don Francisco su hijo mayor, para que en los primeros diez años gozasse en cada vno tres mil ducados para sus alimentos, privandole del residuo para hazer otros mayorazgos en los demas sus hermanos, *mem.num.67.*

125 Y à *num.68.* dixeron, que hecho el computo de

de lo que montasse, se hiziessen seis partes, dando à cada hijo la suya; con condicion que los 150ꝧ. maravedis que les dexavan de alimentos, y dicha sexta parte se vinculasse, è hiziesse mayorazgo perpetuo en cabeça de cada vno, y con efecto fundaron seis mayorazgos con las mismas calidades, y condiciones que el principal, instituido en dicho Don Francisco su hijo mayor, y que si por alguna causa muriesse sin succesion alguno de los seis hijos, se acreciesse à los demas por iguales partes; y que por esta orden se consumiessen los demas mayorazgos à quien faltare succesion.

126 Y à continuacion desta clausula pusieron la del gravamen del apellido, diziendo *à num.* 69. ibi: *Todos los quales dichos mayorazgos que vienen à los dichos nuestros hijos por la forma que và declarado; assi por via de varon, como de hembra, ordenamos que aora, è para siempre jamàs, mientras la memoria de los hombres durare, sean obligados à llamarse del apellido, y nombre de Sande, y los que contravinieren à esto, por el mismo hecho desde luego los destituimos del dicho mayorazgo para que passe à los demas por la forma que se contiene en el capitulo antecedente.*

127 Lo primero que notamos en esta clausula es, que el gravamen de que se llamen del apellido de Sande, solo se impuso à los seis mayorazgos nuevamente fundados, y à los seis hijos que avian de suceder en ellos despues de sacado el residuo que procediesse del mayorazgo principal en los primeros diez años; y la prueva real se halla, assi en lo relativo a lo dispuesto en el numero antecedente, como en los dos estremos desta clausula, diziendo al principio: *Todos los quales dichos mayorazgos que vienen à los dichos nuestros hijos*; y excluyendo al hijo que contraviniere al gravamen, prosigue: *Para que passe à los demas por la forma que se contiene en el capitulo antecedente.* Y como las palabras de los

que testan se han de entender como suenan, *ex leg.cum Tacitum, & leg.quingenta,ff.de probat.l.5.tit.33.p.6.* no se corrigieron aqui los fundadores en mas de lo que expressaron, y no alteraron el llamamiento hecho, *ex leg.alumnæ,§.qui filias, ff.de alim.lega. leg.militis codicilijs,§.Miles Castrensium,ff.de testam.milit.* Burg. de Paz *cons.2.num.3.* Dom.Solorçan.*de Indiar.guber. lib.3.cap.12.n.37.* Surd.*de alim.tit.1.quæst.43.n.22. & tit.9.q.25.n.62.*

128 Y siendo la forma que estava dada solo entre los seis hijos, para que el mayorazgo que vacasse por falta de succesion se acreciesse à los demas por igules partes, parece que solo hablò con estos la clausula, tomando por motivo los fundadores ser estos seis hijos el segundogenito, y los demas, y que sucediendo en otros mayorazgos, podian dexar su proprio apellido con el gravamen de otro, cuyo exemplar tenemos en la escritura de mayorazgo que fundò Don Diego Fernandez de Mesa, el del *num.11.mem.num.23.* en cabeça de Doña Ana su hermana, y despues della en su hijo segundo, y del dicho Doctor Sande, gravandole con el apellido de los Mesas; y como quiera que los dichos seis mayorazgos no llegaron à tener efecto, por aver premuerto antes que llegasse el caso todos los seis hijos, y que Doña Maria Sande fue primera, y vltima posseedora, faltò la causa final de la disposicion en que los fundadores impusieron el dicho gravamen, y todo quedò sin efecto, ex traditis *supr.num.*

129 Y quando esta inteligencia no fuera literal, y que los fundadores en su concepto huvieran asimismo impuesto este gravamen en los que viniessen à suceder al mayorazgo principal, estuvieron tan lexos de hablar limitadamente con la familia de los Sandes, que antes bien insinuaron lo contrario, en atençion à que avian de concurrir los parientes de ambas familias de

marido, y muger; y en defecto de sus hijos, y descendientes, obtener el que se hallasse con la calidad de mas cercano pariente, ex notatis *supr. num.*

130 Y es sin disputa en fuerça de la razon natural, que si los fundadores huvieran querido que vnicamente fuesse de la sangre, y familia de los Sandes el que perpetuamente huviesse de suceder, no impusieran el gravamen, obligandoles à que se llamassen del mismo apellido quando no tenian otro; los que podian ser legitimos descendientes desta familia, y es mas verosimil el aver considerado que podian concurrir, y ser preferidos los Mesas, en quien con mas propriedad se aplica el gravamen, y obligacion de llamarse del apellido de Sande, aunque el suyo proprio era el de los Mesas.

131 Y aviendo tenido ambos fundadores predileccion, y voluntad cada vno à sus cõsanguineos, igualmente quando concurren en vn mismo grado; y no estandolo, tuvieron por mas predilecto al mas proximo en qualquiera dellas, quedara sin efecto alguno la voluntad de ambos fundadores, y en especial la de la dicha Doña Ana de Mesa, si la clausula tuviera la contraria inteligencia que se le quiere dar, y enagenados perpetuamente los bienes en otra familia contra el tenor, clausulas, y llamamientos que dexavan hechos en todas las escrituras de fundacion. Ni fue esta su voluntad, como bien claro lo dixo el Consulto *in leg. Mævia, ff. de manumiss. testam.* ibi: *Nec contextum verborum totius scripturæ, nec mentem testatricis eam esse, & in leg. si ancilas omnes, ff. de legat.* 1. ibi: *Quod falsum puto, & nec verbis, nec voluntati defunctæ accomodata hac sententia est.*

132 Y no puede negarse que Doña Mariana de Mesa cumple con el dicho gravamen, tomando el apellido de Sande desde luego, quando bastava despues de

aver

aver sucedido, y declarado à su favor la tenuta, assi por expressa voluntad, pues no dixeron los fundadores, que los que huvieren de suceder sean del apellido de Sande; sino que se llamen de dicho apellido, y excluyendo de la successsion à los que contravinieren, necessariamente presuponen aver primero llegado el caso de aver sucedido para poder practicarse la contravencion, cum privatio præsuponat habitum.

133 En la disposicion de derecho es la conclusion bien llana, y ad partes la disputa; y resuelve D. Molin. *de primog. lib. 2. cap.* 14. con el motivo del text. *in Authentica hoc amplius, Cod. de fideicom.* sobre el tiempo que el successsor podia tener para cumplir con el gravamen de apellido, y armas: porque el texto le dava vn año, vt ibi: *Hoc amplius, qui defuncti iudicium, lege non repræsentatum monitus à iudice; intra annum non implet, excluditur eo, quod preter debitum naturale perceperit, ex eodem iudicio.* Y disputando el señor Molin. *ex num.* 14. *& seqq.* si procederà la decission deste texto en los mayorazgos de España; en quanto al termino del año prefinido, resuelve en el *num.* 23. *vers. Sed quamvis in fine*, cum Parisio *cons.* 19. *num.* 10. *quod terminus à leg. assignatus in casu, de quo agimus post requisitionem arbitrio iudicantis astringi possit.* Y sin aver llegado à estos terminos ha cumplido ex integro D. Mariana, pues se llama, è intitula con el apellido de Sande.

134 Todo lo demas que se puede discurrir en contrario, buscando indicios, y congeturas para probar que aqui solo se diò llamamiento à los que fueren de la familia de Sande, serà sin fundamento contra expressa voluntad, pues quando los fundadores llegaron à imponer este gravamen, ya dexaron hechos todos los llamamientos por donde governarse la successsion, assi en sus hijos, y descendientes; como en los parientes de ambas familias, con el comun, y absoluto que dieron al mas

cer-

cercano; respecto del vltimo possedor, dexando en quanto à esto su disposicion perfecta; sin que del posterior gravamen se pueda dar revocacion, ni novedad alguna en dichos llamamientos, ni inducirse dèl concepto de agnacion, ni de masculinidad, pues aunque algunos Autores lo entendieron assi, es segun los estatutos, y costumbres de Italia; y no se practica en los mayorazgos de España, como refutando dichos Autores, lo resuelve idem D. Molin. *d. lib. 2. cap. 14. n. 12.* ibi: *Quidquid autem in ea specie, de qua Guido Papa agebat dicendum sit; in maioratibus tamen Hispaniæ contrarium dicendum erit; cum in eis prius soleant fieri vocationes purè, atque perfectè, & post eas purè perfactas, & absolutas adyci soleat, quod ipsius maioratus successores teneantur nomine institutoris maioratus appellari; atque eius arma, atque insignia deferre; quod magis ad modum, quam ad conditionem (ex his, quæ supra isto libro, cap. 12. num. 2. & 3. diximus) referendum erit; ideoque nulli dubium; nisi quod ante huius gravaminis implementum maioratus successor dominium; ac possessionem rerum maioratus acquirat: quamvis ex post facto possit ad huiusmodi observationem astringi, alias autem maioratus successione, ex non implemento privari.* Sus Adicionadores refieren muchos Autores, y à Don Iuan del Castillo *lib. 5. controvers. cap. 181. num. 29. y 30. & antea in eodem lib. cap. 136. n. 74. vers. Molin. sequitur,* refiere los que comprueban su doctrina; y mas abaxo pone à la letra el consejo 97. del señor Valençuela *num. 120.* que refiere à Burgos de Paz, al señor Covarruvias, Mieres, y otros Autores que comprueban la doctrina del señor Molina.

135 Y aunque serà muy possible, que contra esta conclusion tan firme se ponderen otras autoridades, para probar que por el modo de imponer el gravamen se pue-

puede percibir la qualidad del llamamiento, como en otro consejo lo notò idem D.Valenç.que es el 69.*ex num.42.cum seqq.* entendido habla en otro caso muy distinto, como en la sustitucion hecha en vn hijo legitimo, y natural, *cum onere ferendi nomen, & arma*, que entonces aunque no se expressò por el fundador de qual de los hijos sentia, interpreta justamente el derecho acomodarse solo este llamamiento, y gravamen al hijo primogenito, como à quien la ley admite ad exclusionem secundo geniti, vt cùm pluribus concludit idem D.Valenç.*ind.cons.69.num.44.* y ya se reconoce la diferencia de los terminos en que estamos, pues no dexaron los fundadores duda que interpretar, quando al pariente que llamaron, fue con la calidad de el mas proximo.

136 Y el mejor lugar que para el intento contrario se podia ponderar, es el de Gregor. Lop. *in dict. leg.2.tit.15.part.2.gloss.18. quaest.2.* que hemos visto con ocasion de la *quaest.5.* donde aviendo puesto el caso de aver llamado el fundador en defecto de sus hijos, y descendientes al pariente mas cercano de su familia, duda si se entenderà del agnato, ò si bastarà que sea cognato por la parte de la madre, y llanamente por la decision del text.*in leg.1.ff.de liberal.caus.* (y otras autoridades que refiere) resuelve que son comprehendidos los cognatos, y que el mas proximo tendrà por si la calidad del llamamiento, salvo si con evidencia constare de contraria voluntad, ibi: *Vt quia iussit portare arma de genere paterno, & vocaretur, nomen talis generis paterni:* porque como estas calidades no concurren sino en los que provienen de aquella parte, no tienen llamamiento los cognados por la regla de la *ley si servum, §. non dixit, ff. de acquir.haredit.*

137 Pero este lugar, y su doctrina no se arregla à los terminos de nuestro mayorazgo, y solo militara si

Doña Maria Sande vltima posseedora fuera la que vnicamente le huviera fundado, y que en defecto de sus hijos, y descendientes, huviera llamado al pariente mas proximo de su familia, gravandole con el apellido, y armas de genere paterno, que es el caso puntual de Gregorio Lopez, tan dessemejante al nuestro, que del hizo question à parte, que es la 4. *in dict. gloss.* 18. y con individualidad terminante en la *question* 5. que es la que llevamos anotada *supr. num.* Y aviendo la diversidad de casos que moviò al Autor para hazer diferentes las questiones, no se puede traer por consequencia la determinacion de la vna para decidir en la otra, cum non militet eadem ratio, *ex text. vulgari in leg. illud,* 32. *ff ad leg. aquiliam.* Y segun lo literal de la clausula donde se impuso el gravamen, ya se conoce, como avemos dicho, que los fundadores no hablaron con el mayorazgo principal, sino limitadamente de los seis mayorazgos, cuyas fundaciones caducaron, y que quando esto no fuesse tan claro, y tuviesse extension al mayorazgo principal, Doña Mariana ha cumplido aun antes de tiempo con el dicho gravamen, etiam que se hiziesse *in vim modi, vel conditionis*, segun la doctrina magistral del señor Molina, y los demas que le siguen en los lugares que van citados.

Segunda Replica, que haze Don Fernando, fundando en el derecho de representacion.

138 VAlese de este nuevo medio, reconociendo desesperada su pretension por el que queda referido, y dize, que representando la persona, y grado de Doña Iuliana, la del *num.* 14. (à quien llama su abuela) viene à estar en igual grado de parentesco con Doña Mariana, *num.* 19. y que en este

caso

caso por el orden tacito de escritura de la *ley cum pater, §. à te peto, de leg. 2.* y la doctrina que queda anotada de Gregor. Lop. *in dict. leg. 2. tit. 15. part. 2. gloss. 18. q. 5.* tiene notoria prelacion tanquam consanguineus ex parte viri, y deve ser preferido al que se halla in æquali gradu ex parte uxoris.

139 Lo primero que se nos ofrece responder, es, que aqui no se acomoda el orden de escritura, ni le ay: porque los fundadores no dieron llamamiento al pariente mas cercano del fundador, ò de la fundadora, como en el texto, ibi: *Tuis sive meis propinquis*, sino indistinto, y absoluto, ibi: *Ha de suceder el pariente mas cercano al ultimo posseedor*; que siendo vno solo no se considera en èl orden tacito de escritura, y solo se halla quando el llamamiento habla del pariente mas cercano del fundador, ò de la fundadora, que son los terminos en que habla Gregor. Lop. y demas Autores, por la presuncion dèl mismo texto, vt videre est per Gregor. *in dict. quæst. 5.* ibi: *Ita quod lex præsumit voluisse uxorem preferre consanguineos mariti suis consanguineis, ex quo primo nominavit*; pero esto es concurriendo en igualdad de grado naturalmente, y sin ficcion, como Gregor. Lop. resuelve por el mismo caso que pone, el de la disparidad de grado, que aunque sea por parte de la muger le admite siendo mas proximo; y si se admitiera la representacion para gozar del orden tacito, fuera impracticable la doctrina, y caso de disparidad, pues siempre se valdria el inferior de la representacion, para igualarse con el proximo, y ninguno de dichos Autores admite esta irregularidad.

140 Lo segundo, porque estando en este mayorazgo llamado el mas proximo consanguineo, aviendo ya faltado las lineas de succession, y no siendo los que compiten de ninguna dellas, la del pariente proximo llamado ha de tomar su principio, y formarse, no por dis-

disposicion de ley, sino por voluntad de los fundadores, en execucion del llamamiento, y en estos terminos no se puede suceder, ni formar cabeça de linea por representacion, q̃ es la disposicion con que todos los Autores Reinocolas tocan esta question, y la resuelven.

141 Anton. Gom. *in leg. 40. Tauri*, *num. 41*: la pone aun en terminos mas estrechos que los deste pleito, sequentibus verbis: *Vnum tamen est, quod hoc casu non habet locum repræsentatio: itaque proximior in gradu semper debet preferri, licet alter velet succedere per viam repræsentationis, vnde si mortuo hærede gravato concurrat, frater ipsius testatoris ex vna parte, & filius alterius fratris mortui ex alia, prefertur frater tanquam proximior, quia iura, quæ admittunt repræsentationem locuntur, & habent locum in successione, quæ provenit ex dispositione legis; non vero in successione, quæ provenit ex dispositione hominis, & sic testatoris, vt in nostro casu, quia illa regulatur ex præsumpta charitate, & afectione; vnde merito proximior in gradu est preferendus, ita tenet subtiliter Bald. in dict. leg. cum ita legatur, §. in fideicommiss. de legat. 2. quæst. fin. & ibi Cuman. reputans hoc esse singulare*, cita infinitos Autores, y à Philip. Dec. *in cons. 1. volum. 1.* vbi dicit: *Hanc esse magis communem opinionem, & quod in Sacra Rota ita iudicatum fuisse.*

142 D. Præses Covarr. *practicar. cap. 38. num. 4.* disputa latamente la question sobre la inteligencia de la *glossa in leg. cum ita legatur*; *§. in fideicommisso*, *verbo primo gradu*, y de las *leyes* 8. & 40. *Tauri*, y responde con estas palabras in vers. *Tertio ad intellectum glossæ est observandum, quod vbi ad fideicommissum relictum familiæ vocantur à testatore expressim proximiores, filius fratris (vt quidam opinantur) non admittitur cum fratre, & patruo, nec filius repræsentat personam patris defuncti: Hanc conclusionem facilimè admit-*

mittunt. Bald. & alij, qui glossam reprobarunt. Constituentes differentiam inter dispositionem legis, & hominis, quæ in hac specie obtinere videtur nempè cum ab homine vocantur proximiores, non autem vbi tantum apponitur nomen collectivum, tunc enim ordo datus à lege; omninò servandus est, & inferius, ibi: *Non tamen idem erit quoties dispositionem hominis proximiorem vocantis interpretavimur cum ea sit propriè, ac iuxta veritatem, seclusa fictione interpretanda.*

141 Quibus consonant tradita cum multis per Avendanum *in dict. leg. 40. Tauri, gloss. 20. n.* 16. ibi: *Et multi tenuerunt repræsentationem non esse admittendam, cum ex vocatione proximioris institutor proximitatem respexerit per veritatem, & non per fictionem, sicut est repræsentatio, ex text. singulari in leg. fideicomisso, de condition. & demonstrat.* ibi: *Commento non excluditur.* Y en este numero, y los siguientes refiere muchos Autores, que resuelven aver quedado excluida la representacion, *ex vocatione proximioris consanguinei.*

142 Y aunque por parte de Don Fernando se podrà fundar que Avendaño en el *num.* 21. puso otra opinion por contraria, es necessario advertir que habla en otros terminos muy distintos de nuestro caso, quando ya la succesion *ex leg. dispositione* la contienden tio, y sobrino dentro de la misma linea de possesion, prout ex ipsius verbis apparet, ibi: *Et considerando lineā rectā cuiuslibet maioratus possessoris, atque ius à filio primogenito statim cum nascitur quæsitum, & mortuo, patre vivo in filios eius translatum; propiè nepos ex premortuo poterit nuncupari proximior, & in ea proximioris vocatione contineri, quasi sit vocatus is proximior, qui secundum iuris dispositionem ad primogenium admitti debeat.*

143 Con que hablando en terminos de linea recta, y de succesion regulada, secundum legis dispositio-

nem, no se puede tener por opinion contraria; ni este Autor se huviera equivocado en la question que propuso, si como los demas huviera hecho la distincion referida; ni se jactara de que el señor Luis de Molina solo fue de su opinion.

144 Quando su doctrina se halla tan acreditada, quod in materia maioratus Principatum obtinet. Y esta question, aunque la puso en terminos de patruo, & nepote (que todos los Autores que la mueven dizen es ardua, y dificil) diò tanto en què entender al señor Molina, que en el *lib. 3. de primog.* la disputò *en tres capitulos 6. 7. & 8.* explicando la *ley* 40. *de Toro*. Y en el *num. fin.* no se atreviò à resolverla, y concluyò: *Quod ea, quæ in hoc cap. & duobus præcedentibus dixit, potius disserendi, quam resolvendi gratia data fuerunt.*

145 Y aunque *in dict. cap.* 8. *num.* 11. *vers. Hæc autem opinio*, dixo que la opinion de los Autores referidos no procedia en los mayorazgos de España: porque por su misma naturaleza, y por la disposicion de derecho semper debet succedere proximior, fue hablando en linea formada de succession, etiam que fuesse ex vocatione proximioris consanguinei, quod negare non possumus, pues en estos terminos despues de formada la linea en los que se hallan dentro della, como descendientes del que fue posseedor, ò especialmente llamado, la *ley* 40. *Tauri* obra el efecto de la representacion, y en ambos casos la admite.

146 Pero para lo que toca à nuestro caso, donde oy ninguno de los que compiten trata de suceder, ni puede iure hæreditario, sino que busca su inclusion para formar linea, y ser cabeça della en fuerça de llamamiento, y voluntad, idem D. Molin. *in dict. cap.* 8. *n.* 13. enseña lo que haze à nuestro intento en la respuesta que dà al *text. in leg. si libertus præterito*, §. 1. *ff. de bonis libertorum*, cuius verba sunt: *Si libertus intestato de-*

decesserit, relictis patroni filio, & ex altero filio duobus nepotibus, nepotes non admittentur, quamdiù filius esset, quia proximum quemque ad hæreditatem liberti vocari manifestum est.

147 Hic specie retenta suma cum ratione decidendi, text. ait Dom. Molina *dict. num.* 11. *vers. Nec obstat decisio*, ibi: *Nec obstat decisio, textus in dict. leg. Si libertus præterito, §. 1. ff. de bonis libertorum: Quia ratio quare in ea, leg. Repræsentationi, locus non datur, non est quia hæreditas liberti pertinet ad proximiorem, sed quia ea successio eius qualitatis est, vt in ea repræsentatio, non admittatur; ex eo quod proximiori, ius ipsum Patronatus non iure hæreditario defertur. Ideoque cum in his, quæ iure hæreditario non capiuntur repræsentatio admittenda non sit, vt suprà histo lib. cap. 6. num. 40. ostensum est, non mirum si ipsum ius patronatus, & per consequens liberti hæreditas, quæ ab illo pendet ad nepotem mortuo parente non transierit, quod autem iura libertorum, ad hæredes iure hæreditario non transeant.*

148 Llanamente excluye el señor Molina por estas palabras (y el *cap. 6. num.* 40. que cita) la representacion en las successiones: *Quæ non iure hæreditario, vel legis dispositione deferuntur, sed voluntate, & dispositione hominis, seu fundatoris*, que conviene con la razon de decidir del text. *in dict. leg. si libertus præterito, §. 1.* donde el Consulto excluyò la representacion en los nietos, por estàr expressamẽte llamado qualquiera que fuesse mas proximo para suceder en la herencia del liberto, vt ibi: *Quia proximum quemque ad hæreditatem liberti vocari, manifestum est.*

149 Solo en la consequencia que induce el señor Molin. in illis verbis: *Non mirum si ipsum ius patronatus, & per consequens liberti hæreditas, &c.* equiparando el modo de suceder en estos dos derechos, parece que

no

no se arregla bien à la disposicion de derecho, ni à la especie de aquel texto, vbi tantum agitur de succesione in bonis libertorum, en que no puede negarse que los Patronos, y sus hijos suceden iure hæreditario, *ex leg. 2. in principio, & §. si filius. ff. de bonis libert. leg. 3. §. toties cum seq: leg. si libertus, 20. §. vlt. & leg. si patronus, 44. ff. eodem tit.* Y sin embargo en el text. del *§. si libertus,* no se admitiò la representacion, por estar llamado el mas proximo para aquella herencia, y aver de suceder en aquel caso por voluntad, y no por disposicion de ley, quod sine aliquo dubio deducitur, ex ratione decidendi text. ibi: *Quia proximum quemque ad hæreditatem liberti vocari, manifestum est.*

150 Y en el derecho de Patronato no procede la misma regla, ni se sucede iure hæreditario por los hijos à los Patronos; pues aunque se abstengan de la herencia paterna, retienen sin embargo el derecho de patronato, y los demas derechos de los libertos, vt expressè probat text: *in leg. filij, 9. ff. de iure patronatus*, ibi: *Filij hæreditate paterna se abstinentes ius, quod in libertis paternis habent, non amittunt.* Y mediante esta diferencia, y que el derecho de patronato no es lo mismo, ni en èl se sucede como en los bienes de los libertos, parece que la equiparacion de el señor Molina contiene, y haze alguna violencia al text. *in dict. §. si libertus.*

151 Y assi lo nota con infinitos Autores de mucha gravedad Dom. Valenç. *in cons. 23.* donde aviendo escrito en los mismos terminos vn informe en derecho, todo aplicable à la defensa que vamos haziendo por Doña Mariana, llegando al *num. 167.* resuelve por clara la justicia de Rodrigo del Castillo, à quien defendia por el text. *in dict. leg. si libertus, §. 1.* que dize le notaron por singular, Angel. Bald. Paris. Covarr. Anton. Gom. y otros muchos, que junta Iuan Gutierr. *lib. 3. practicar. q. 67. num. 2.*

Y

152 Y desde el *vers. Et est*, con el *n.* 168. *y* 169. prueva el reparo de la doctrina del señor Molina, y refiere todos los Autores que contra èl resuelven averse quitado en aquel texto la representacion, *ex proximioris consanguinei vocatione*, quod totum ex seqq. verbis apparet.

153 *Et est violentare huiusmodi text. dicendo non fundari illius decisionem in vocatione consanguinei proximioris, cum contrarium insinuent illa verba: Quia proximum quemque ad hæreditatem liberti vocari, manifestum est, nec concludit dicere, quod in huiusmodi successione nõ datur repræsentatio eo, quod iura liberto ũ ad hæredes, iure hæreditario non transeant, vt ex leg. si patroni, ff. ad Trebellianum, & alijs tradit Molina, vbi proximè num.* 13. *&* 14. *quia non attenditur si iura libertorum, vt est ius patronatus, & ei annexa hæreditario iure deferantur, vel non, sed solummodo, si succedere patronum liberto est, iure hæreditario, quod nullus negare poterit, nisi contradicendo millè iuribus, leg.* 2. *in princip.* ibi: *Sed si patronus hæres institutus, vivo liberto decessisset, &c. & §. si filius, ff. de bonis libertorum*, vbi dicitur: *Si filius emancipatus nepotem in potestate avi reliquisset bonorum possessionem partis, dimidiæ dandam ei filio intestati liberti, quamvis ipso iure legitima hæreditas ad nepotem pertineat, leg.* 3. *§. toties, cum seq. l. si libertus,* 20. *§. vltim. leg. si patronum,* 44. *cum alijs eiusdem tituli, & cum successio libertorum, quæ ex iuribus parentis patroni pertinet, illius filijs, & hæredibus verè sit hæreditaria, leg. si ex modica, §. cum patroni, leg. si ex patronis, §. quod si à patre, eodem titul. debebat etiam admitti, in illa repræsentatio, vt in alijs successionibus hæreditarijs, si non eam excluderet proximioris vocatio in d. leg.* 23. *si libertus, §.* 1. *ff. eodem, idem probatur in leg. communi, eodem tit. leg. à duobus, ff. de operis libertorum in verbo bonorum, leg. tutella, §. si duo, res-*

S pons.

pons.2.in §.proinde, ff.de legit. tutor. quarum meminit Mol.cap.6.lib.3.n.45.

154 *Et ita contra eundem Molinam ex authoritate d.l.si libertus,§.1 sublatã esse repræsentationem, ex proximioris consanguinei vocatione resolvit Humada in l.2.tit.15.p.2.glos.17.n.10.dicens commune ex Emanuele Musculo,& sequitur Otabianus Cacher.cons.70. n.10 & seqq. Thesaur. decis. Pedamontana,65.n.1.& 2. dicens,ita per Senatum fuisse iudicatum, Cald. Pereir.in tractatu de nominatione emphit. q.17.num.24. Grasus de success. §. fideicommissum, q.11.num.9.Velazq.in leg.40.Taur.glos.20.num.16.& seqq. Mant. de coniectur.vltim volunt.lib.8.tit.9.num.10.& hoc clarius redditur per text.illum clarissimum in §.si plures institutã,de legitim.agnat.succes.* ibi: *Si plures sint gradus agnatorum aperte,leg.12.tabularum proximũ vocat:itaque si,verbi gratia,sit defuncti frater,& alterius fratris filius, aut patruus frater potior habetur, iuncta l.3.tit.16.p.6.l.abunculo, C.communia, de successionibus,& cum illo tempore,verbum proximior excludat repræsentationem, quamvis Iustinianus introduxerit eam, vsque ad nepotes, eos solum modo vocabit, hac forma, scilicet, in suo gradu, succedendo patruo cum alijs illius fratribus,d. Authent. cessante, C.de legitim.hæred. & vltra dictum casum, quia non erat locus repræsentationi, solummodo vocabit propinquiorem,d. Authent.post fratres,la 2.* ibi: *Quicumque sint gradu proximiores,C.eodem tit.Boer.decis.302.num.2. & ita dictum verbum debet,idem opperari, transgresso gradu filiorum extra fratre, quod opperabatur tempore,leg.12.tabularum cum decisio illius text.sit generalis in successione ordinaria ab intestato.*

155 No puede ser este lugar mas formal lleno de doctrina tan solida,y textual, aprobada por tantos, y tan graves Autores,que dàn la verdadera inteligen-

cia

cia al *text.in dict.§.Si libertus*; pero para lo que conduce à nuestro caso, y excluir en èl la representacion, quando se trata de dar principio à la succession en virtud del llamamiento del mas cercano pariente, y voluntad expressa de los fundadores: ambas doctrinas son à nuestro intento favorables.

156 La del señor Molina, porque no admite representacion, *donde no se entra à succeder iure hæreditario*, como aqui, hasta incluirse el pariente, y formar linea, dentro de la qual sucedan en forma regular los que derivassen de ella, y por representacion quando llegue el caso, aunque vnos respecto de otros sean trãsversales, en cuyos terminos habla *el señor Molina*; pues aunque siempre sucede, y la ley difiere la succession al mas proximo, si este fuere secundogenito, y concurriere con su sobrino, hijo del primogenito, le preferirà, representando la persona de su padre, y el derecho de primogenitura que adquiriò para succeder, aunque muriesse en vida del vltimo posseedor.

157 La otra del señor Valençuela, y los que refiere porq̃ excluyen, y reprueuã la representacion, quãdo la sucession se ha de diferir, y tomar principio la execuciõ de la voluntad conforme de los fundadores en el primero pariente mas propinquo que llamaron, que son los terminos en que el texto referido, y los demas AA. y doctrinas excluyen la representacion.

158 Y segun el estado en que se halla la succesiõ de este mayorazgo, quando entran à competirla la dicha Doña Mariana, y Don Fernando de Cordova, por muerte de Doña Maria Sande (en que empeçaron, y se acabaron todas las lineas que se formaron en ella, y sus hermanos) corre sin disputa alguna la conclusion que vamos fundando de no admitirse en este caso representacion, no solo de Doña Iuliana la del *num*. 14. mas ni tampoco de Don Antonio, *num*. 21. padre de dicho

Don

Don Fernando, assi por lo que dexamas fundado, como
* por la doctrina de Gregor. Lop. *in dict. leg. 2. tit. 15.*
* *part. 2. gloss. 18. q. 1. vers. Sed quid si aliquis*, donde en terminos pone el caso, y lo resuelve per illa verva.

159 *Sed quid si aliquis in dispositione maioria vocabit filios, & descendentes suos, & in eorum defectum, proximiorem sibi consanguineorum, & ex defectu descendentium maioria venit ad Collaterales consti-*
* *tuentis : & tunc reperitur nepos vnus fratris mino-*
* *ris : & alius pro nepos fratris maioris : quis istorum*
* *præferetur? videtur quod nepos fratris minoris, quia proximior, per text. not. in leg. si libertus præterito ff. de*
* *bonis libertorum, in §. si libertus : & quia isto caso pro*
* *nepos fratris maioris non repræsentat personam patris, ex notatis per Bart. & Paulum in Autentica post fratres, Cod. de legitim. hæredib. neque obstabit, l. Taur. 40. quia illa procedit in descendentibus à primo constituente*, aunque transversales del vltimo posseedor, q̃ son las dos partes en que esta ley Real admitiò la representacion, segun resuelven, y enseñan los Doctores, de que en su lugar haremos especial memoria.

160 El señor D. Luis de Molina en el lugar que avemos citado, y en los dos capitulos antecedentes, solo disputò la question de patruo, & nepote, hijo, y nieto de vltimo posseedor, que es la que èl confiessa al fin de el vltimo capitulo, dexò de resolver; *pero en el capitulo 9. siguiente, num. 12. puso en practica nuestro pleito, assi en el caso primero, donde los consobrinos excluyeron al hijo de otro consobrino ya muerto, porque no pudo representar la persona del padre*, como en el segundo caso, donde despues de aver succedido los consobrinos, y muertos dexando nietos, ò pronietos, estos por representacion todavia excluyeron à el hijo del consobrino; y es lugar concordante del de Gregorio Lop. *explicando la glos. d. leg. Cum ita legatur, §. In fiedeicommisso*, verb. *Qui pri-*

primo gradu, y le ponemos à la letra, porque està determinando el pleito.

161 *Textus autem ille, his præmissis, sic inducitur in fideicommisso relicto familiæ; post proximiores succedunt hi, qui ab ipsis procreati sunt. Ergo iam non consideratur proximitas respectu testantis; sed vltimi possessoris: cum possint superesse eo tempore plures alij testanti proximiores quibus præferuntur hi, qui ex proximioribus descendunt* (en que no ay duda, pues ya succedieron, y formaron linea) & inferiùs versic. *Quod autem*; pone los dos casos referidos con estas palabras:

162 *Quod autem possint eo tempore ad esse plures testanti proximores, quam ipsi descendentes ex proximioribus, constat apertissimè: si præsuponamus quod proximiores testantis fuerunt ipsius consobrini, qui excluserunt filium alterius consobrini iam mortui, ex eo, quod in hoc casu non poterat repræsentare personam parentis cùm vltra filios fratrum, non detur repræsentatio, ex decisione text. in Authentic. cessante, & in Authentic. post fratres, Cod. de legitim. hæredib.* (esto mismo es lo que oy se questiona entre Don Fernando, y Doña Mariana.)

163 El segundo caso (que no ha llegado) est in illis verbis: *Mortuis autem proximioribus præsuponamus similiter, quod super fuerunt nepotes, vel pro nepotes consobrinorum, filijs eorum prædefunctis, & alter filius consobrini, qui à principio fuerat exclusus.* Que aunque este se hallava mas cercano, respecto del testador, le preceden los nietos de los consobrinos (que ya succedieron) y como les asiste la representacion como nietos de posseedor (respecto dèl) se hallavan mas cercanos à su abuelo, vltimo posseedor; y el primero de los tranversales que avia succedido.

164 Y aunque el señor Don Luis de Molina en

este capitulo iva discurriendo, y probando, que la cercania ha de ser respecto del posseedor vltimo, *como nos hallamos oy en los terminos del primer caso, su doctrina decide nuestro pleito, pues los consobrinos del fundador* (para incluirse, y ocupar la succession, y formar linea como mas propinquos) *excluyeron al hijo de otro consobrino que avia muerto, por no ser caso donde pudo representar la persona de su padre.* La misma inclusion, y formacion de linea presuponen en el mas proximo cōsanguineo, D. Covarr. *pract. cap.* 38. *num.* 10. ibi: *Et dœmum successio delata fuerit in eum, qui non habuit, nec habet descendentes, sed transversales, ad quorum vnum primogenium devenit* (succediò, y tuvo hijos, y descendientes) *tandem vltimi possessoris filius primogenitus mortem obierit in vita possessoris eiusdem relicto filio, & fratre.* Ant. Gom. *in l.* 8. *Taur. n.* 19. ibi: *Et hoc casu potest esse clarum exemplum, si forte maioratus incepit inter descendētes fundatoris, sed in defectum eorum, iam pervenit ad Collaterales.*

165 En estos terminos se halla D. Fernando, pues para excluir à Doña Mariana, viva al tiempo de la vacante con prelacion de dos grados, pretende, no solo representar la persona de Don Antonio su padre, sino la de Doña Iuliana su abuela, contra lo que llevan defendido tantos, y tan graves Autores, que fundados en tan claras disposiciones de derecho, excluyen en este caso la representacion.

Tercera replica de Don Fernando, diziendo, que por los fundadores està la representacion admitida.

166 PEro vista, y considerada la causula, es con la limitacion del caso, en que solamente la permiten, suponiēdo que del vltimo posseedor

dor quedò nieto, hijo del hijo mayor difunto, para que este, representando la persona de su padre, como primogenito excluya al tio, hijo segundo del vltimo posseedor, *claus.2.mem.num.35.*

167 Y como quiera que la succesion no se halla en los terminos que los fundadores disponen, es impracticable la representacion conforme à derecho, por lo que dexamos fundado, y conforme à la voluntad, por la limitacion de la clausula, y ser materia odiosa, y contra el derecho natural, y no darse extension, ni de persona à persona, ni de caso à caso, *probant text. in leg. pater instituto, §. fin. ff. de captivis, & postli. leg. lex Cornelia, ff. de vulgar. vbi dicit glos. quod validans lex Cornelia, testamentum principale non extenditur ad pupilares tabulas, quia privilegium (vt repraesentatio) est stricti iuris, & non habet locum, nisi in casibus per ipsum expraesis, leg. ius singulare, ff. de legib. §. sed, & quod instituta, de iure naturali,* neque extensionem cum sit contra veritatem, & ius commune maximè deficiente æquitate, ex qua omnes fictiones sũt introductæ, *l. post liminium, circa principium, ff. de captivis, & postlim.* Bart. *in leg. si is qui pro emptore, num. 2. ff. de vsucapionib.* Menoch. *lib. 4. praesumpt. 89. n. 9. & praesumpt. 39. ex dict. l. postliminium, §. transfuge,* Franch. *decis. 75. num. 14.* Y por el mismo caso que Don Fernando no puede negar que la representacion es ficciõ, y privilegio, como lo es, *ex l. fin. in fin. Cod. de impuberum, & alijs substitutionibus,* ibi: *Eadem esse persona penè intelligantur, leg. 2. tit. 5. p. 5.* ibi: *Ca como quier que sean dos personas, segun natura, segun derecho son contadas por vna* (ya que Don Fernando por vna, no solo quiere contar dos, sino tres) por el mismo caso confiessa veritatem esse in contrarium, vt notat Bart. *in d. l. si quis pro emptore, num. 21. ff. de vsucap.* y es llano que Doña Mariana, atendida la verdad de los dos

gra-

grados en que prefiere à Don Fernando en el suyo, es ella el pariente mas proximo; y siendo esto verdad, y tan certissimo como se reconoce, no deve ser preferida la ficcion contraria contra *legem filio quem pater, ff. de liberis, & posthumis, leg. si pater, §. quoties, ff. de manumissis vindicta, leg. in rebus, C. de iure dotium, leg. 16. tit. 11. p. 3. leg. 31, tit. 12. part. 5.* & ibi Gregor. Lopez *gloss.* 1. D. Solorçan. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 8. num.* 53. y como notò Bald. *in leg. si ancillam, C. de contrahend. empt.* la ficcion no puede impedir los efectos que causa la verdad, *cum omnia vincat ex cap. consuetudo, cap. veritati, 8. distinctione, cap. fraternitati, de frigidis, & malefic.* Roland. à Valle *cons.* 11. *nu.* 3. & *cons.* 88 *num.* 1. *volum.* 3. y la verdad, es quam iudex sequi debet in iudicando, & consulendo, *ex leg. vnica, Cod. de dedit. libert. tollenda, leg. si qua, Cod. ad Senatusconsultus Orficianum, leg. si forte, ff. de Castrensi peculio.* Y aunque para otro intento dixo la *ley Real,* 22. *tit.* 4. *lib.* 2. *Recopil.* que en los pleitos que vienen al Supremo Consejo, *se ayan de ver, y determinar sin estrepito, y figura de juizio, solamente sabida la verdad.*

168 Que del caso limitado, donde se admitiò la representacion no se dà extension alguna, etiam ex ratione similitudinis, cum pluribus resolvit Robles à Salcedo *de repræsentatione, lib. 1. cap. 6. num. 23. per novelam* 118. *cap.* 3. porque aunque sea privilegio, & in corpore iuris clausum vim legis obtineat, procede esta regla respecto de otros privilegios, concedidos por el Principe, *vt idem Author probat, ex gloss. verbo Corporali, in cap. Vt circa, de electione lib.* 6. Barbosa *in leg.* 1. *part.* 1. *num.* 7. *ff. soluto matrimonio*, por cuya razon (dize) *Ex identitate rationis non est ad consequentias producendum, ex leg. Quod verò, & leg. Ius singulare, ff. de legibus, leg. 1. §. vlt. ff. de constitutionibus regula, privilegium 7. de regul. iuris, lib.* 6. Gramm. *decis.* 28.

num.

*num.*31.Peregrino *de iure fisc.lib.6.tit.2.num.2.*

169 De aqui ſacan los DD.vna concluſion,y regla en practica, de que la repreſentacion no ſe admite, niſi in caſibus à iure expreſsis,que ſon los que refieren Matienço *in leg.5.tit.7.lib.5.Recop.(quæ eſt* 40.*Tauri) gloſſ.*1.*num.*1.Tiver. Decian. *conſ.*1.*num.*398. *lib.* 1. Dom.Covarr.*pract.cap.*38.*num.*4.*verſ. Ex his poteris perpendi*, D.Ioann.del Caſtillo *lib.*3. *cap.*19. *num.* 43.Dom.Molina *lib.*3.*cap.*6.*num.*41.*vſque num.* 48. & alij relati per Robles à Salcedo *in dict.lib.*1.*cap.*6. *num.*25.

170 Todavia Don Fernando inſiſte,que para admitir la repreſentacion abſoluta de la *ley* 40. en todos caſos,y perſonas baſta (ſegun dize) que el fundador la aya admitido ſolo en vn caſo,arguyendo con la miſma *ley* 40.y procurando probar,que ſi la *ley*(aunque no eſtè admitida por los fundadores en caſo alguno la repreſentacion)obra ſus efectos en todos los caſos, y perſonas, mas bien procurarà ſu extenſion, quando en vno la halla admitida, fundando dicho Don Fernando eſta conſideracion en la que haze Iuan Gutierrez *in lib.*3. *pract.quæſt.*67.*à num.*65.por la regla, *quod vna pars teſtamenti per aliam declaratur,ex leg.Qui filiabus in principio, & leg. Si ſervus plurium, §. fin.ff. de legatis* 1.

171 A que ſe reſponde.Lo primero,que aunque en los terminos que habla Iuan Gutierrez , es quando *ex identitate rationis, & prædilectionis , qualitas , ſeu regula vni gradui , ſeu ſubſtitutioni adiuncta in cœteris quoque, repetita eſſe cenſeatur, ex doctrina* Menochio *in conſ.*197.*num.*52.*lib.*2.Caſtillo *lib.*2.*controverſiar. cap.*4.*per totum*,Robles *de repraſentation. lib.* 1. *cap.* 13.*ex num.*26.deſpues de aver referido à eſtos Autores,y otros diſtingue en el *num.*27.*que concurriendo la miſma identidad de caſo, y predileccion , tunc non per*

 ex-

extensionem factam, ex vna parte testamenti: Sed magis ex vi comprehensiva in cæteris; repræsentationem eße admittendam, segun la disposicion, *dict. leg. 40. Tauri*, vt benè considerat Castillo *lib. 3. in dict. cap. 19. num.* 289. Y que assi se deve entender à Iuan Gutierrez *in loco præcitato.*

172 Con que no hallandonos en los terminos de la clausula, segun la descendencia de los que contienden, ni ay la misma afeccion, ni razon de identidad, por ser en todo el caso diverso, assi en las lineas, como en las personas, y grados.

173 Lo segundo, que la razon por que en aquel caso dieron por regla la representacion, fue porque los fundadores tuvieron toda su predileccion, y afecto en sus hijos, y descendientes, *ex leg. Cum avus, ff. de condition. & demonstration. leg. Cum acutissimi, C. de fideicommiß.* Y porque en estos permitiesse la representacion no se sigue aver dispuesto lo mismo en los transversales de los fundadores; porque aviendo dado llamamiento al mas proximo para governar entre ellos la succession: *Si id voluißent, expræsissent, leg. Talis scriptura 30. §. 2. de legat. 1. leg. Præcib. Cod de impuberum, & alijs subst.* Bart. *in leg. Reconiuncti, n. 5. ff. de legat. 3.* Mantica *de coniectur. lib. 8. tit. 9. num. 10. se ipsum referens, idem Robles lib. 3. cap. 11. num. 18. ad omnia quæ in contrarium adduci possunt respondet.*

174 En la misma *ley Real 40. Tauri*, se halla la prueba real de que en su testameto solo admitieron la representacion en sus hijos, y descendientes; y no para sus transversales, por extension; porque despues que esta ley avia dado forma, y regla para la representacion en la succession del mayorazgo a los ascendientes; reconociò el Legislador que no se comprehendian, ni estava dada para los transversales; y assi passò despues à declarar que lo mismo se entendiesse para la succession

de

de los mayorazgos à los transversales. Y esta segunda parte, que es en la que esta ley corrigiò el derecho comun, es la que los fundadores no quisieron admitir, ni expressar en el caso donde dieron llamamiento al consanguineo mas proximo, para que en fuerça de la voluntad entrasse à ocupar la succession, y formar linea, en que los descendientes della, aunque transversales, pudiessen succeder por representacion.

175 Cuya inteligencia la pone en practica Don Pres. Covarr. *cap.* 38. *ex num.* 10. en los tres casos que propone, donde se puede practicar la segunda parte de la *ley* 40. *& de primo, in dict. num.* 10. vt ibi: *Vbi maioratus fuerit ab initio constitutus ab ascendente, & demum successio delata fuerit in eum, qui non habuit, nec habet descendentes, sed transversales; ad quorum vnum primogenium devenit* (suponele incluido en la succession en fuerça del llamamiento, y que se derivò por su linea la succession) *Tandem vltimi possessoris filius primogenitus mortem obierit in vita possessoris eiusdem relicto filio, & fratre, nam in hoc casu nepos prefertur patruo per repræsentationem licet semel in transversam lineam transierit primogenium*; y en este caso dize que no ay dificultad alguna, *cum in eo agatur de successione ascendentium, vel ascendentis, qui maioratum constituit*; resolviendo que la ley Real procede en descendientes, y transversales, *quando omnes à primo testatore descendunt*.

176 El segundo caso pone en el vers. siguiente; quando vn transversal funda mayorazgo en su hermano, sus hijos, y descendientes, donde aunque por derecho comun vltra filios fratrum, no se dava representacion, la ley le corrige, y admite en todos los descendientes del primer llamado que ocupò la succession por expressa voluntad.

177 El vltimo caso pone en el *vers.* 3. *ad intellectum*,

ctum, quando el vltimo posseedor dexa vn sobrino, hijo de su hermano, y otro hermano menor, que este queda excluido por la representacion que permite al sobrino, hijo del hermano mayor.

178 Y si en estos tres casos se practica la segunda parte de la *ley* 40. como enseña el señor Covarr. à quiẽ refiere el señor Don Luis de Molina *lib. 3. cap. 7. n. 10.* se deve entender despues que ya el mayorazgo bolviò à vno de los transversales, y le posseyò, y formò linea, como buelve à repetir idem Dom. Covarr. *in dict. cap. 38. num. 10. vers. Sed, & vbi primus testator*, ibi: *Et tandem ad transversales ipsius primi testatoris devenerit primogenium.* Y aunque el señor Molina *in dict. cap. 7. num. 10. in fin.* dixo que Antonio Gomez *in l. 8. Tauri, num. 19.* llevò la opinion contraria, èl mismo se defiende, no negãdo la representacion en la linea transversal, despues de averla formado, y posseido el mayorazgo el primer transversal, y casi repite las mismas palabras del señor Covarr. vt ibi: *Et hoc casu potest esse clarum exemplum, si forte maioratus, vel vinculum incepit inter descendentes fundatoris: sed in defectum eorum, iam pervenit ad Colaterales, nam si concurrat filius secundus vltimi possessoris, & filius nepos, vel descendens primogeniti filij mortui prefertur filius, vel nepos huius filij primogeniti.*

179 En este caso, ni en el siguiente que propone Anton. Gom. no niega la representacion, aunque sea en linea transversal, respecto del fundador; pero presupone que para formar esta linea, *ex defectu descendentium maioratus iam pervenit ad Colaterales*, de cuyo vltimo posseedor quedaron el hijo, y nieto, entre quien era la question que resolviò la *ley* 40.

180 Y deste sentir fue tambien el señor Molina en el *lib. 3. cap. 9. num. 12. vers. Quod autem*, donde admite la representacion en la linea transversal; pero despues

pues que los consobrinos del testador para suceder, y formarla excluyeron al hijo de otro consobrino (ya muerto) por no poder representar la persona de su padre para esta primera inclusion, y quando en el *cap.7. num.* 10. va tratando la question, es quando la succession se hallava ya en la linea transversal, y aviendo discurrido vinieron à quedar en ella del vltimo posseedor, hijo segundo, y hijo, nieto, ò visnieto del hijo mayor muerto, que este representarà el derecho, y primogenitura de su padre, ò abuelo, para suceder al vltimo posseedor, y excluir à su hijo segundo.

181 Y aunque en el mismo *num.* tambien supone por opinion contraria la de Gregor. Lopez *in d.l.2. tit.15. part.2. gloß.18. quæst.1. verſ. Sed quid ſi aliquis*: alli solo disputò Gregor. Lop. el primer caso que resolviò el señor Molin. *in d. cap.9. num.12. verſ. Quod autem*, que es el primer tiempo, quando en defecto de los descendientes (en virtud del llamamiento del mas proximo consanguineo, vino el mayorazgo à los Colaterales, y avia del hermano menor del fundador vn nieto su consobrino, y del hermano mayor vn visnieto, hijo de otro consobrino muerto, que no pudiendo en este caso (como dexa resuelto el señor Molina) representar la persona de su padre, quedò excluido por el consobrino, nieto del hermano menor, para cuyo caso dixo Gregor. Lopez que no obstava la decision de la *ley* 40. mas no por esto negò la representacion entre los descendientes deste consobrino; antes lo presupuso por caso en que no podia aver duda, pues formada ya la linea de possession, aũque sea transversal, buelven à suscitar todas las reglas, y disposiciones Reales que admiten la representacion. Y en nuestra cortedad esta es verdadera inteligencia de las doctrinas de tan graves Autores entendidos, con la distincion de casos, y tiempos que el señor Molin. tan doctamente nos enseñò *in dict.*

cap.9.num.12.verſ. Quod autem, y el ſeñor Covarr. Anton.Gom.y los demas que van citados en los numeros antecedentes.

182 De todo lo qual reſulta, que aviendo faltado en nueſtro caſo las lineas de poſſeſsion, y deſcendencia de los fundadores, por muerte de Doña Maria Sande ſu hija; y aviendo de dar principio la ſucceſsion en vn tranſverſal de los fundadores, avrà de ſer en el mas proximo que ſe hallare con eſta calidad, en virtud del llamamiento, ſin que pueda practicarſe la repreſentacion haſta que aya ſucedido, y formado la linea tranſverſal, que es donde la admiten todos los DD.

183 Con que Don Fernando compitiendo oy cō Doña Mariana en la ſucceſsion deſte mayorazgo indiviſible, no puede fundarſe en el derecho de la repreſentacion para excluir à Doña Mariana, que le prefiere en dos grados de cercania, y tiene por ſi el llamamiento, y voluntad expreſſa de ambos fundadores (con quiē hablaron) por averſe hallado con eſta proximidad al tiempo de la vacante, y aver mas de quarenta años que avia muerto Doña Iuliana; que es à quien quiere repreſentar Don Fernando, *leg.non oportet, ff.de legat.2. leg.ſi quis cum haberet, ff.de ſuis, & legitim.hæred. l.1. §.ſi quis proximior, ff.vnde cognat. leg.penult. §.quandiu, ff.vnde legitim. leg.cum ita legatur, §. in fideicom. leg.peto, §.fratre, ff.de legat.2. leg. ſi cognatis, de rebus dubijs*, Socin.Iun.*conſ.172.n.24.& 28.* Paul.de Caſtr. *conſ.16.num.5.p.2.* D.Molin.*lib.1.de primog. cap.13. num.38.* Avendañ.*in leg.40.Taur.gloſ.80.num.12.*& quia affectio naturalis fuit maior erga proximiores, quam remotiores ex vniformi voluntate, *text.in leg.ſi viva matre*, vbi DD.*Cod.de bonis maternis*, D.Molin. *lib.3.in dict.cap.9.num.5.* Avend. *in d.leg.40. Tauri, gloſſ.20.num.19.*& ſolus proximior eſt vocatus, & demonſtratus, & non remotus conſanguineus, *ex text.in*

leg.

leg. nominatim, ff. de condit. & demonstrat. Bart. *in leg. demonstratio falsa in principio, ff. eodem tit.* & melius quam alibi idem Bart. *in leg. commodissimè, ff. de liber. & posthumis*, ex qua colligit, ibi: *Quod conditio adiecta in futurum incerta persona, ex futuro eventu certificanda, non solùm stat in vim conditionis, sed etiam in vim demonstrationis; vnde illa sola persona censetur vocata, in qua postea verificatur talis conditio, illa vero persona, in qua non est verificata, non censetur vocata, neque demonstrata*, idem probat Alexan. *in dict. leg. commodissimè, num. 6. & in leg. si pater, num. 10. Cod. de institut. & substitut.* Rodericus Suarez *in leg. quoniam in prioribus, ampliat. 9. num. 12. Cod. de inoficios. testam.* Acosta *de patruo, & nepote, pag. 93. bonus text. in leg. scribit*, Quintus Mutius, *§. fin. ff. de auro, & argento legato, text. in leg. Filia, §. Titia vxor mea, ff. de condition. & demonstat.* melior, & expressus, *text. in leg. Stichus, qui meus erit cum moriar. ff. de leg. 1. iuncta gloss. verbo Magis*, vbi notant Bart. & alij.

183 Ni en el caso que vamos hablando nos perjudica, ni ha lugar la disposicion de la pregmatica del año de 1615. que es la *ley fin. tit. 7. lib. 5. Recopil.* porque aunque dispone que se suceda por representacion de ascendientes, y transversales en todos los casos, tiempos, lineas, y personas, sin que basten para excluir la presunciones, argumentos, ò congeturas, por precisas, claras, y evidentes que sean, ella misma se limitò por estas palabras: *Por la qual declaramos, y mandamos, que en la succession de los mayorazgos, vinculos, patronatos, y aniversarios que de aqui adelante se hizieren.* Y prosigue dando la disposicion referida, y siendo correctoria (como no se duda) del derecho comun, y *ley 40. de Toro*, no puede influir su decision en este mayorazgo, siẽdo su fundaciõ de los años de 594. 596. y 602. *ex text. in leg. Leges, 7. C. de legibus*, ibi: *Leges, & constitutiones*

nes futuris, certum est, dare formam negotijs, nō ad facta præterita revocari; ni este pleito se puede juzgar por dicha pregmatica, *ex leg. fin. tit. 14. part. 3.* ibi: *Otrosi dezimos, que si sobre pleito, ò postura, ò donacion, ò yerro q̄ fuesse fecho en algun temporal que se juzgava por el fuero viejo, fuere hecha demanda en juizio en tiempo de otro fuero nuevo, que es contrario del primero, que sobre tal razon como esta deve ser probado, y librado el pleito por el fuero viejo, è non por el nuevo.* Gregor. Lop. *in hac leg. gloß. 6. verbo Fuero viejo*, y por ambos textos Menoch. *consil. 240. num. 12. & 13. lib. 3.* Cardinal. Tusch. *tom. 5. practicar. litt. L. conclus. 144. & 145.* y esplicando la dicha pregmatica, junta otros muchos Robles, Salcedo *de repræsentation. lib. 1. cap. 3. ex num. 28.*

185 Y quando (sin perjuicio de lo que dexamos fundado) se admitiera la representacion (que negamos ex supr. DD.) en el caso que la succesion se halla, Don Fernando no podia representar mas persona que la de su padre, si con este orden se deve hazer, segun las disposiciones legales, y aun desta manera le prefiere en vn grado de parentesco Doña Mariana, y basta para ser admitida, ex doctrina Gregor. Lopez *in dict. leg. 2. tit. 15. part. 2. gloß. 18. quæst. 5.* ibi: *Nam satis est, quod non stantibus in pari gradu præferatur proximior, licet sit ex parte vxoris*, & ex Castill. Ioan. Guttierr. Ceballos, & Noguer. supr. relatis.

185 Y la razon es, porque queriendo Don Fernando representar la persona de su abuela, junto con la de su padre, venian à darse muchas ficciones, quæ in eodem casu, vel in eodem subiecto in iure dari non possunt, nec secundum commune opinionem admittuntur, *leg. Si vero, 12. §. Marcellus, ff. mandati, leg. 1. ff. de vsu, & vsufructu legato*, Bart. *in leg. Si is qui pro emptore, num. 71. ff. de vsucap.* Menoch. *lib. 1. præsumpt. 8. num. 22.* cum pluribus Robles à Salcedo

de

de repræsent at.lib.3.cap.14.num.19 & num.48.

187 Vlterius, porque Don Fernando queriendo representar la persona de su abuela, aviendo de ser con todas sus qualidades, tamquam subrogatum, *ex leg. si eum, 10. §. qui iniuriarum, ff. si quis caution. leg. in duobus, 28. §. 1.* vers. *Nam quia in locum, ff. de iur. iurand. l. 1. §. si quis sub conditione, ff. vt legatorum nomine cabeatur, l. 1. §. aliud iuris, ff. de donationib.* no solo venian á darse las ficciones referidas, sino la de representar el sexo.

188 Quòd natura resistit, & *lex ciuilis non fingit, quod in specie, & in genere est impossibile, leg. si pater familias, 15. §. fin. cum l. sequent. ff. de adoption. leg. quæritur, 10. ff. de stat. homin. & in l. lege, 12. tabul. 14. in princ. vers. Cum natura, C. de legitim. hæred. & quod monstruosum esset,* considerat Afflict. *in cap. 1. in princ. num. 45. de natura successionis feudi;* maximè quando el varon trata de representar el sexo femineo, quia secundum naturam non est possibile marem fœminam fieri, quamvis è contra sit possibile, de quo plura tradunt D. Thom. *part. 1. summ. Theolog. q. 99. art. 2. in princ.* Plinius *lib. 7. natural. histor. cap. 4.* Agelius *lib. 9. noctium acticar. cap. 4.* redens rationem: *Quia natura tum ad perfectiora semper aspirat; tum quia facilius est virilia erumpi, quam retrocedi, & abscondi.* D. Aug. *lib. 3. de civitat. Dei, cap. 31.* aliqua exempla traddit Tiraquel. *in l. 1. connubiali, num. 100. & 101.* & Aristotel. *de histor. animal. lib. 8. epist. 2.*

189 Et in terminis conclusionem probat Bart. *in leg. liberorum, ff. de verbor. sign. num. 13.* ibi: *Sed ista qualitas masculina, non transit in neptem: ergo appareti quod in ea non transit legis dispositio, & non potest assumere locum patris,* & ex hac doctrina, & aliorum D. Molin. *lib. 3. de primogen. cap. 6. num. 49.* en donde defiende por conclusion firme, que no se puede represen-

tar

tar en la persona del padre mas qualidad que la de primogenitura, no las demas qualidades de masculinidad, y grado, hablando en terminos de la *ley 40. de Toro, vt constat num. 48.*

190 Tambien se darian otras ficciones, si Don Fernando (salvando la persona de su padre) passasse à representar la de su abuela, como que sub appellatione, seu vocationis proximioris continerentur filij nepotes, & alijs descendentes: y que se fingiesse derecho de reprimogenitura donde no la ay para dar lugar à la representacion, Surd. *cons. 403. num. 35.* Gamm. *decis. Lusitan.* 307. *num.* 19. nam hoc fuerat contra communem opinionem, si plures specialitates circa vnam eamdemque rem simul admiterentur, *leg. cum possit, 69. §. gener. ff. de iure dotium, l. 1. C. de dot. promiss.* Bursat. *cons.* 271. *num.* 25. *lib.* 3. Decian. *cons. 47. num.* 51. *volum.* 3. *cum plurib.* Barbos. *in l. 1. ff. solut. matr.* 3. *p. n. 45. vers. Sed adversus hunc, cum seqq.*

191 A que se llega, que Don Fernando (caso negado) que Doña Iuliana su abuela huviera tenido algũ derecho, ò esperança cierta de suceder, este quando muriò la susodicha le avia de transmitir precisamente en Don Antonio, padre de Don Fernando, que la sobrevivió, *porque la dicha Doña Iuliana parece aver muerto en el año de 631. memor. n. 544. y el dicho Don Antonio muriò en el año de 648. mem. n. 548. in fin.* De que resulta, que aviendo recaido el derecho (que tal qual podia tener la dicha Doña Iuliana) en dicho Don Antonio, y por segunda transmision en dicho D. Fernando, vienen à darse otras dos ficciones: y en este caso, tambien es cierto que solo podria representar la persona de dicho su padre, y no la de la abuela; pues aunque ambos avian muerto tantos años antes de la vacante, Don Fernando (el derecho que pretende representar) no puede ser en la persona de dicha su abuela, sino en la de Don

An-

Antonio su padre, en quien primero se transmitiò por hallarse interpuesto entre el dicho D. Fernando, y la dicha Doña Iuliana quando esta muriò,

192 Sed quod in antecedenti num. diximus, ex abundanti notavimus, porque para poderse dar representacion en la persona del padre, ò de la abuela, era necessario que huviesse linea formada, ò ya por descender la susodicha de algun ascendiente posseedor, ò del que huviesse tenido llamamiento: porque de otra forma no se puede dar derecho de primogenitura, q̃ es el que se transmite por su orden à los descendientes de la linea para poder gozar dèl por el medio de la representacion, y no aviendo lo vno, ni lo otro en Doña Iuliana, ni en alguno de sus ascendiẽtes, no huvo derechcho que transmitir, ni ay representacion de linea, ni primogenitura, vt tenent Flores Diaz de Mena *in additionibus ad decis. Gam. 93. vers. Sed vltima conclusio*, Avendaño *in l. 40. Taur. glos. 7. por tot. præsertim num. 9.* Cevallos *comm. contra com. q. 762. ex num. 58. & num. 80. & quæst. 905. à num. 97.* Francisc. Alvar. de Riber. *super successione Regn. Portug. pro Augustissimo Philip. II. 3. p. art. 2. à num. 132.* & ibi Carol. de Tap. *eius addition.* Robles à Salced. *in addit. ad suum tract. de repræsentation. à num. 45. vsque ad 50. vbi seipsum corrigit, reprobando la opinion que avia llevado en los capitul. 29. & 30, del lib. 2.* Dom. Molina *lib. 3. de primogen. cap. 6. n. 39.*

193 Et cum in hoc casu linea non habeat principium certum, & determinatum cum tantum initium habeat ab eo qui succeſsionem occupat, vt probat idem Robles *in dict. lib. 2. cap. 30. num. 11. ex text. in leg. Titius vsusfructus*, 96. ibi: *Neque initium accepit*, *ff. de condit. & demonstrat. leg. Seia*, 42. ibi: *Quæ nondum initium, ff. de mortis causa donationibus, cap. 1. de successione feudi, cum alijs*, & tenet D. Molin. *lib. 3. cap. 6.*

num.

num. 34. & 35. inde est, que Doña Iuliana no pudo en su grado formar linea, ni adquirir el derecho de primogenitura, q no se derivava de algun ascendiente suyo que huviesse sido posseedor, ò llamado, y se hallò con vna esperança incierta, dudosa, y variable, que cõforme à derecho no es transmisible, ex text. *in leg. sed si plures, & leg. qui plures. ff. de vulgar. leg. si ex pluribus, ff. de suis, & legit. hæred. leg. Sempronius, ff. de vsufruct. legato*; Bart. *in leg. is potest, num.* 9. *ff. de adquir. hæred.* Robles *in d. lib.* 2. *cap.* 30. *num.* 8. & *cap.* 29. *num.* 18. cum pluribus quos ibi refert, hoc ipsum tenet D. Molin. *de primogen. lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 1. & 3. Avendañ. *in leg.* 40. *Taur. glos.* 7. *num.* 7. & fortissimis rationibus, probat veriorem esse, supra dictam conclusionem Guzm. *veritates iuris, in* 6. *veritate, ex num.* 20. *vsque ad num.* 32.

194 Ex quibus necessario deducitur, que D. Fernando no pudiendo representar derecho alguno de primogenitura (por no averle, ni considerarle donde no ay linea efectiva de possesion, ni contentiva) ni descender de llamamiento alguno, no puede admitirse la representacion para en quanto al grado; por ser contra la disposicion, *dict. l.* 40. *Taur.* y sus palabras, ibi: *Representando la persona de sus padres por su orden*, sin aver dicho las personas de sus ascendientes, queriendo que la succesion de la primogenitura passe de grado en grado, y de primogenito en primogenito, no representando el grado, sino la persona, y primogenitura de el padre, sic concludit D. Molin. *in d. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 51. ibi: *Tertia consideratio, quia vt dict. lex* 40. *Taur. evidentius ostendat, non considerasse gradus, sed solius primogenituræ repræsentationem*, inquit: *Representando las personas de sus padres por su orden, nec dicit, representando las de sus abuelos, ni las de sus ascendientes.* Et inferius, ibi: *Quod si lex illa voluisset, quod gradus*

dus proximitas eßet repræsentanda, imperfectè dispo-suißet dicendo. De manera, que el hijo, y sus descendien-tes representando la persona de sus padres, cum pluries necessarium eßet repræsentare gradum, avorum, & proavorum, nè in gradus proximitate à filio secundoge-nito, vltimi possessoris, filij, seu descendentes primogeni-torum præcederentur, quam doctrinam cum pluribus tenet D. Covarr. *pract. cap. 38. num. 6. vers. Ipse vero.* Y sin duda alguna la estima por verdadera, idem D. Molin. *d. cap. 6. n. 52. in fin.*

195 Y no pudiendo darse representacion donde no ay derecho de primogenitura en q̃ practicarla, y q̃ por si solo el grado no es representable, vt ex dictis constat, se ofrece la razon in promptu; porque como el dere-cho de representar se funda en la transmision del de-recho que se pretende representar, con propriedad la admite la ley en el de primogenitura, que de persona en persona se deriva, hasta llegar à aquella por cuya muerte le transfiere en su hijo, que le representa; pero donde no se halla este derecho, no se puede admitir re-presentacion sola del grado: porque como esta quali-dad es quid facti, y personal, quæ cum ipsa persona gradum constituente extinguitur, *ex leg. Paulus, ff. de acquirend. hæreditat. leg. quia tale, 13. ff. solut. ma-trimon.* vt de ætate, inquit Ancharran. *cons. 82. num. 6.* Bart. *in leg. is potest, num. 8. ff. de acquirend. hæreditat.* & alij relati per Robles *de repræsentat. lib. 3. cap. 14. ex num. 43. & seqq.* sequitur, quod cum gradus consi-stat in qualitate filiationis, quæ quidem, quid facti, & personalis est, non transmititur quamvis aliud sit, in iure primogenigturæ, vt idem Robles *cum pluribus defendit in d. capit. 14. num. 46.* Tiraquel. *de iure pri-mogenitura, cap. 40. num. 41.* Dom. Molin. *lib. 3. de pri-mogen. cap. 6. num. 38.* ibi: *Id namque fieri posse ostendit,* Bart. *in leg. is potest, num. 8. ff. de acquirend. hæreditat.* vbi

vbi inquit: *Quod quamvis filiatio non transmitatur, ius tamen primogenituræ benè transmiti potest de filio in nepotem.*

196 Y de aqui sacan todos los DD. vna precisa consequencia, de que el que entra à suceder gozando por la representacion del derecho de primogenitura, non repræsentat personam parentis, sed succedit ex propriá filij persona iure proprio, vt tenent Capicio *decis.* 21. *num.* 6. Tiraquel. *in dict. quæst.* 40. *n.* 116. Tellus *in leg.* 27. *Tauri, num.* 2. cum alijs, D. Molin. *de primogen. lib.* 1. *cap.* 1. *ex num.* 17.

197 Con que Don Fernando por ningun medio puede ser admitido por derecho de representacion, pues no se halla persona alguna en la linea de su ascendencia que adquiriesse derecho alguno de primogenitura, ni como descendiente de llamado, ni de alguno que aya sido posseedor, ni Doña Iuliana su abuela se hallò con este, ni otro derecho al tiempo de su muerte para poderle transmitir en Don Antonio su hijo, que es à quien solo podia representar Don Fernando, quando en los terminos que estamos fuera la representacion admitible, que no procede por lo que dexamos fundado; y si pretende passar à representar el grado en que estuvo, y viviò la dicha su abuela, demas de no darse representacion solo para el grado, y averla sobrevivido tantos años el dicho Don Antonio, que le sirviò de impedimento à Don Feanando, y no aver llegado la vacante hasta el año passado de 671. es cierto, por lo que dexamos dicho, que la qualidad de la filiacion es *quid facti, & ius personalissimum*; y fundandose en ella la qualidad del grado, muriò junto con la persona de la dicha D. Iuliana en el año de 631. con que el dicho Don Fernando (quando fuera caso de representaciõ) no hallò derecho de primogenitura, ni grado q̃ poder representar, y ha de venir ex propria persona, es notoria su

ex-

exclusion,por hallarse remoto en dos grados de parentesco con la vltima posseedora,respecto de Doña Mariana,su prima segunda,que sin ficcion alguna; y con verdad,y claridad se halla,y hallò al tiempo de la vacante con la calidad del llamamiento del mas proximo consanguineo,en defecto de los hijos,y descendientes de los fundadores.

198 Neque obstabunt contra todo lo que dexamos fundado en este articulo las doctrinas que con tanta sutileza se ponderaran de contrario; porque todas las que hemos visto (bien por menor)hablan,y se entienden quando maioratus intravit in aliqua linea, vocatorum,sive possessorum:y en los transversales de estos, at quando non intravit,sed linea incipit in proximiori consanguineo vocato ex defectu descendentium, non admititur repræsentatio:y assi lo entienden todos los Autores que hemos referido, y ponderado sus doctrinas,specialiter D.Molin. *in d.lib.3.cap.9.num.12. vers.Quod autem,* D.Præses Covarr. *practic.cap.38. num.*10. Gregor.Lop.*in leg.2.tit.15.p.2.glos.18.q.1. vers.Sed quid si aliquis,* Anton. Gom. *in leg.8. Taur. num.*19.Guzm.*verit.6.n.17.usque ad n.32.*& alij supra relati;los quales vistos,y entendidos se halla que antes de inducir representacion entre los transversales de los fundadores, presuponen el caso de aver ya entrado la succession en vn transversal, como mas proximo consanguineo,y despues en su linea: y porque ya se dà derecho de primogenitura entre los que por ella descienden, admiten la representacion. Y siendo tan terminantes estas doctrinas para el estado que oy tiene la succession (segun la planta del arbol) es sin disputa que ha de entrar sucediendo el transversal que se halla con la proximidad del grado antes de poderse practicar la representacion, y esta calidad solo concurre en Doña Mariana.

199 Y aviendo escrito estos Autores tan graves en tiempo que no estava promulgada la pragmatica referida del año de 615. que en todos casos, lineas, y personas admite la representacion, discurriendo en los mayorazgos que antes estavan fundados (como el nuestro, cuya vltima escriptura fue en el de 602.) es innegable que el pleito se deve juzgar por sus doctrinas; pues la pragmatica posterior ella misma se limitò à las fundaciones que de alli en adelante se hizieren, & sic à iure cavetur *in d.l.leges, Cod.de legibus, & in d.l.fin.tit.14.p.3.*

200 Vltra de que todos los Autores de que hemos hecho mencion en este discurso hablan sobre el punto de la representacion en fideicomisso, ò mayorazgo, donde solo compiten los transversales de vna familia, pero en nuestro pleito son las familias dos, y èl vn consanguineo de la vna (hallandose inferior en dos grados) pretende excluir al que en la otra familia se halla con esta prelacion, quando no tienen mas privilegio los de la vna, que los de la otra, como mayorazgo de marido y muger, y de tan vnida voluntad, que le hizieron vnico, è indivisible, para que en èl succediesse (despues de sus hijos, y descendientes) el transversal consanguineo mas proximo que se hallare cõ esta calidad à el tiempo que faltaren las lineas, y descendencia de sus hijos: y estando este caso con todas sus qualidades tocado, y resuelto por Gregor. Lopez *in d.l.2.tit.15.part.2 gloss.18.quast.5.* Castillo *lib.5.cap.67.num.28. vers. Ego vero,* Hieronim. Cevallos *quæst.265.num.13. & 24.* Gutierr. *cons.2.num.9.* Noguer. *allegat.9.n.19.& 20.* (que son los que le siguen) no se hallarà en su doctrina que disputasse el punto de representacion; antes diò à entender, que no era caso en que podia admitirse por representacion al consanguineo de vna familia, para excluir al mas cercano de la otra.

201 Lo otro, porque quando diò igual afeccion del

del fundador, respecto de su consanguineo, y à la fundadora, respecto del suyo, y acudiò al remedio del orden tacito de escritura, fue por ver confundidas, y sin diferencia estas afecciones, ocupando naturalmente su igual grado cada consanguineo; y no pudiera darse la confusion de afectos, si vno se pusiera en igual grado por representacion.

202 Lo otro, porque este remedio tacita, y virtualmente le excluyò por el mismo caso que previno la disparidad de grado, vt ibi: *Et tunc videtur, quod præferatur proximior consanguineus cuiusque ipsorum*, & inferius, ibi: *Nam satis est, quod non stantibus in pari gradu præferatur proximior licet sit ex parte vxoris*; y es sin disputa que si Gregorio Lopez huviera estimado que aqui podia darse representacion en tan pocas lineas, no avia de considerar en dos partes esta disparidad, pues no la podia aver, ni practicarse su doctrina, si con la representacion el pariente de el marido, etiam si esset in millesimo gradu, se igualarà siempre con el consanguineo de la muger, para suceder por el orden de escritura, y resultaria de aqui, que la fundadora, y sus consanguineos quedavan defraudados, y los bienes enagenados perpetuamente en otra familia, cótra la voluntad de ambos fundadores, como dixo el Consulto *in leg. Mævia, ff. de manumiss. testam.* ibi: *Nec contextum verborum totius scripturæ, nec mentem testatricis, eam esse, & in l. Si ancillas omnes, 63. ff. de leg. 1.* ibi: *Quod falsum puto, & nec verbis, nec voluntati defunctæ accomodata hæc sententia est.*

Articulo Tercero.

203 EN el qual nos toca fundar dos puntos, vno el derecho claro que sin competidor concurre en Doña Mariana, para que à su favor

 se

se declare la tenuta de los otros dos mayorazgos que fundaron en 14. de Enero de 578. Alonso de Mesa, y Doña Maria Ximenez su muger, los del *num*.5. y en 18. de Abril de 586. Don Diego Fernandez de Mesa, el del *num*. 11. hijo de los referidos. Y el otro punto, responder à la impugnacion que Don Fernando haze de la escritura de mayorazgo de los dichos Alonso de Mesa, y Doña Maria Ximenez, que originalmente està presentada en el pleito.

204 Las escrituras de fundacion destos dos mayorazgos se hallan en el memorial *à num*.8. *y num*.23. y para la succesion del primero los dichos Alonso de Mesa, y Doña Maria Ximenez despues de aver expressado los bienes sobre que le fundaron, dieron especial llamamiento, *mem.num*. 11. al dicho Don Diego Fernandez de Mesa su hijo, *num*. 11. y à sus hijos, y descendientes en forma regular; y en su defecto à Doña Ana de Mesa, y los suyos hermana del dicho Don Diego, y à falta de todos llamaron al hijo mayor de Hernando de Mesa, el del *num*.6. hermano del dicho Alonso de Mesa, de quien es nieta legitima la dicha Doña Mariana, y como tal se halla con llamamiento literal, y para la succesion, assistida de todas las reglas vulgares, que omitimos por no necessitar de comprobacion el derecho de aquel, *qui non tàm potior, quàm solus invenitur, leg.2 ff. qui potiores in pignore habeantur.*

205 Lo mismo milita en quanto al mayorazgo que fundò el dicho Don Diego en cabeça de la dicha Doña Ana su hermana, y de su hijo segundo, que à falta de todos, *mem.num*.25. tambien diò llamamiento à los hijos del dicho Hernando de Mesa su tio, y primero al segundo varon dellos, con que la dicha Doña Mariana es legitima successora, y la possession civil, y natural de los bienes de ambos mayorazgos se la tiene transferida la *ley 40. de Toro.*

Sin

206 Sin que sea de reparo alguno la contravencion que el Doctor Sande, y la dicha Doña Ana su muger hizieron à lo dispuesto por el dicho Don Diego, y bienes que de su mayorazgo aplicaron al suyo los dichos Doctor Sande, y Doña Ana de Mesa; como fueron los de la Encomienda de Calatrava, Molino, y Soto de Largançuela, supliendolos en juros, y hazienda, como consta de la *claus.* 16. *mem. num.*49. porque ni el vno, ni el otro tuvieron poder, ni facultad para poderlo hazer, mayormente quando conforme à la voluntad del dicho Don Diego, y llamamientos que hizo en execucion della, dexavan ya fundado el dicho mayorazgo por la misma clausula, coludiendo con tan notorio perjuicio de los successores llamados.

207 Y esto con claridad se descubre en la segunda escritura que otorgaron el año de 596. *mem. n.*55. donde con el pretexto de que hazian adicion, y declaracion à la clausula referida, supusieron que el dicho Don Diego avia dexado muchas deudas, y mandas, las quales, y las de Alonso de Mesa su padre, que mandò pagar el dicho Don Diego, importavan mas cantidad que valia su legitima, y hazienda, y que aviendolas pagado todas los dichos Doctor Sande, y D. Ana de Mesa, ni dexò, ni quedaron bienes de que se pudiesse hazer el dicho mayorazgo, y que si quedaren algunos en ellos, le hazian, y fundavan.

208 Y aunque esta disputa pertenece mas al juizio de liquidacion, que à este de tenuta, nos ha parecido notarle, por si de contrario se hiziesse alguna ponderacion, que el derecho tiene desvanecida, pues la dicha Doña Ana, como heredera, ni como posseedora pudo alterar en todo, ni en parte el mayorazgo del dicho Don Diego, mayormente que no consta por medio alguno de las deudas que suponen aver quedado, y satisfecho, ex traditis à Dom. Larrea *decis.* 60. *num.*7. Mieres *de*

maior. part. 1. quæst. 21. num. 18. & 19. Castillo *lib. 2. controvers. cap. 18. num. 23 & num. 35.* Burgos de Paz Iunior *civil. quæst. 1. num. 15.* Alvar. Valasc. *consult. 7. n. 7.* Ioann. Gutierr. *in initio capitis quamvis pactum, de pac. in 6. num. 47. & de iurament. part. 1. cap. 3. num. 26. ex leg. 1. C. de cupressis, lib. 11. leg. Vtrum, 7. §. fin. de rebus dubijs, leg. de fideicommiss. 11. Cod. de transact. leg. fin. Cod. de conditione causa data,* ibi: *Quia ideo tibi dedi, vt mihi Stichum dar et, leg. Peto, §. Fratre, de legat. 2.* ibi: *Nec tamen ideo sequentium causa, propter superiores in posterum ledi debet, leg. Eum qui, 3. ff. de interdictis,* ibi: *Non enim hæc patrem; sed maiores eius eis didisse.*

209 Restanos responder a la objecion que Don Fernando ha hecho contra la dicha escritura original del mayorazgo que fundaron los dichos Alonso de Mesa, y Doña Maria Ximenez, que redarguyò de falsa Doña Maria Sande en el juizio ordinario de quentas, sin averlo probado, siendo obligacion suya.

210 Y para dar clara satisfacion de la legalidad desta escritura; y de los Escrivanos ante quien se otorgò, y està compulsada, se supone *memor. à num. 13.* que la dicha Doña Ana de Mesa en el año passado de 1609. de su pedimiento se sacò la dicha escritura en virtud de compulsorio del Licenciado Marquez de Güzeta, Alcalde de Corte, ante Iuan del Campillo, Escrivano de Provincia, por aver dicho necessitava della para presentar en el pleito que seguia con el Conde de Varajas; y aviendo precedido la informacion de legalidad de Eugenio de Tolosa, que se hizo ante la Iusticia de Valdemoro, y Pedro Lopez de Arriaga, Escrivano del Numero della, se diò mandamiento por dicha Iusticia, para que Baptista Reluz, successor en los registros del dicho Eugenio de Tolosa, le diesse la dicha escritura para el efecto referido, cuya diligencia hizo en nombre

bre de la dicha Doña Ana, Iuan Benito su Mayordomo.

211 Tambien consta en dicho *memor. num.* 16. que en 15. de Iunio del año de 613. Christoval de Mesa, el del *num.* 12. ante la Iusticia ordinaria de dicha Villa, refiriò como los dichos Alonso de Mesa, y Maria Ximenez sus tios, avian vinculado ciertos bienes por escritura que otorgaron ante el dicho Eugenio de Tolosa, y que entonces parava en poder de Baptista Reluz, y pidiò por la peticion que ante este diò, le diesse vn tanto de dicha escritura, con las diligencias que parecieren hechas por parte de Doña Ana de Mesa, para el traslado q̃ de dicha escritura sacò, y en esta forma se le mandò dar con las dichas diligencias, y se le entregò el traslado al suso dicho, dando testimonio el dicho Baptista de Reluz de averse corregido, y concertado con la escritura original donde se sacò, y de que iva cierto, y verdadero el traslado de dicha escritura.

212 La qual en esta forma se presentò por parte de Doña Mariana en el pleito de quentas, y particiones que se siguiò con la dicha Doña Maria Sande, como consta del *mem. num.* 107. donde se redarguyò por la suso dicha, y pretendiò probar ser falsa, assi comprobança de testigos. *mem. num.* 131. como con las declaraciones de Maestros, *num.* 127. Y aunque se hizo tan exacta pesquisa, sin omitir la menor diligencia, y huvo tan pleno conocimiento de causa, y se dieron las sentencias que refiere el *memor. num.* 160. no se diò, ni declarò por falsa; antes quedò valida, y aprobada por buena, y verdadera, con la reserva del derecho q̃ en virtud della se les hizo à los sucesseores de dicho mayorazgo, y sin embargo se ha buelto à insistir por D. Fernando q̃ quedò desestimada, fundandose en las mismas razones que se aviã alegado en el juizio de quentas, sin que se halle que alguna dellas contenga novedad.

213 Y demas de la satisfaccion que alli se daria por el Abogado de Doña Mariana, que fue el Licenciado Don Iuan Pacheco, del credito, y letras que à todos es notorio; la qual no se percibe por el memorial, pues solo se insertarõ à la letra todas las peticiones dadas por la dicha Doña Maria Sande, como consta dèl à *num.* 108. *num.* 114. *num.* 119. *num.* 123. y el alegato de bien probado à *num.* 154. omitiendo todas las que el memorial enuncia averse dado por la dicha Doña Mariana, por nuestra parte se darà la que resulta de los mismos autos, y diligencias referidas.

214 Y sea lo primero, que el instrumento que se presenta en juizio, siendo original, sin vicio, ni sospecha en su contexto, y sacado del protocolo con las solẽnidades referidas; trae consigo el credito que le dà el derecho, calificado con las presumpciones legales de que se halla assistido, quãdo no se halla expressa y concluyentemente probado lo contrario, *ex text. in l. cum precibus, Cod. de probation. l. gesta, Cod. de re iudicat. l. vltim. §. si quidem dominus, Cod. de iur. emphit. cap. 1. vbi glos. 2. de fide instrumentor. cap. fin. eodem tit.* Dom. Præs. Covarr. *practic. cap. 19. num. 4.* Mascard. *de prob. conclus. 906. ex num. 1. vbi num. 3. ampliat. conclusionem hanc in instrumento antiquo teste,* Decian. *in cons. 36. num. 6.* & idem Mascard. *num. 4. ampliat. 2. predictam conclus. si solemnitates à iure requisitas habeat, quo casu dicitur probatio probata, nulla alia indigens disceptatione iudicij, ex* Bald. Bart. Alexand. & alijs, *in quibus terminis instrumentum tale presumitur, quale apparet in sui prima figura, ex cap. illo vos, de pignorib. leg. quamvis, C. si quis alteri, vel sibi, & ex leg. ad probationem, Cod. de probationib.* vt notat Dom. Valenç. *ex d. iuribus, in cons. 51. ex n. 6. & seqq.* & D. Covarr. *in d. cap. 19. n. 9.*

215 Lo segundo, que la legalidad de este instru-

men-

mento se halla acreditada con la misma legalidad, buena fama, y reputacion que tuvieron, assi Eugenio de Tolosa, ante quien se otorgò en dicho año de 578. como de Baptista Reluz, que es quien la sacò registrada, y concertada con el protocolo el año de 613. à pedimiento de Christoval de Mesa, padre de Doña Mariana.

216 Y demas de la notoriedad que ay en la dicha villa de Valdemoro, y en esta Corte de la legalidad, y entereza de dichos Escrivanos, Doña Mariana la probò concluyentemente con muchos testigos fidedignos, mayores de toda excepcion, y de muy larga edad, que conocieron, y comunicaron à los dichos Eugenio de Tolosa, y Baptista de Reluz, como consta de la probança que Doña Mariana hizo en el pleito de quentas, que està en el *memor. num.* 146. hasta *num.* 152. y los mismos testigos de D. Fernando, presentados en este pleito, lo deponen llanamente en el *memor. à num.* 461. hasta 463.

217 Y en estos terminos el derecho tiene calificada esta escriptura, aunque le faltasse algun requisito, ò solemnidad extrinseca, vt notat D. Covarr. *practic. cap. 21. num. 7. vers. 4. subijcitur casus*, donde hablando de la escriptura antigua, compulsada por Escrivano de credito conocido, que la corrigiò con el original, dize: *Et in hac specie opinor omnium consensu receptum esse, quod præter antiquitatem huic exemplo adhibenda sit plena, & integra fides.* Et inferius, ibi: *Sed in hoc 4. casu, ipse non exigerent necessario antiquitatum centum annorum, nec 70. nec adhuc 50. immo libere arbitrarer sufficere antiquitatem quadraginta annorum, ex eo, quod à Tabelione, notæ fidei enunciantur solemnia, quæ iure requisita sunt, quibus enunciationibus multum est credendum, secundum omnes in leg. cum aliquis, Cod. de iure deliberand. in cap. cum causam, de probationibus, & in*

in cap. Albericus, de testibus, Anton. *in cap. cum dilectus, de successione ab intestato.*

218 La doctrina referida es individual para este caso, pues ha mas de sesenta años que el dicho Baptista Reluz, por mandado del Juez, y à pedimiento de parte sacò, y compulsò la dicha escritura, corregida, y cōcertada con el protocolo; pero siendo textual esta disputa de la *ley* 115 *tit.* 18. *p.* 3. se avrà de estar à lo determinado por ella en los dos casos que distingue.

219 En el primero dize este texto, que si presentada, y redarguida la escritura los testigos instrumētales la negassen, y el Escrivano, siendo de buena fama, otorgasse, y declarasse averla escrito, y se hallare *que la nota del registro concuerda con dicha escriptura, deve ser creido el Escrivano, è non los testigos, è deve valer la carta,* por las razones que dà la misma ley.

220 En el segundo caso, dize: *Pero si el Escrivano no fueße de buena fama, è los testigos fuessen hombres buenos, è el pleito, è la postura que dize en la carta huviesse poco tiempo que fuesse fecha, estonce acordandose todos los testigos de la carta en uno, deven ellos ser creidos, è non el Escrivano.*

221 Si se atiende à lo resuelto, en el primer caso se halla la buena fama de los Escrivanos, que la nota de el registro es concordante à la letra con la escriptura presentada, que sacò el dicho Baptista Reluz, tambien de toda legalidad, que dà testimonio de averla sacado, y corregido, y entonces la ley saca como por consequēcia, ibi: *Onde pues que la nota acuerda con la carta, è el Escrivano es home de buena fama, razon es que sea creido.*

222 Si se mirà à el segundo, tambien determina à nuestro favor, siendo el Escrivano de buena fama; y aviendo tanto tiempo que se otorgò la escritura, y se sacò, que entonces, aunque vivieran los testigos, no se

les diera credito, aunque todos en vno negassen la escritura, ex traditis a Gregor. Lop. *in d. l.* 115. *gloss.* 8. ibi: *Hoc ideò, quia in factis de longinquo, magis creditur instrumentis, quam testibus in leg. census, ff. de probat. leg.* 3. & ibi Bald. *C. si minor, se maior dixerit*, quæ notat Cynus, & alij *in l. in exercendis, Cod. de fide instrument.*

223 Con este supuesto Don Fernando ha devido probar lo contrario, como fundamento de su intenciõ, evidentissimamente con bastante numero de testigos, mayores de toda excepcion, que deven *per necesse concludere, quando agitur de probando contra publicum instrumentum; ex text. in leg. obtimam, in fin. C. de contrahend. & commitend. stipulation.* Bart. *in leg.* 1. *§. si quis neget, num.* 12. *ff. quemadmodum testamenta aperiant.* Rota per Farin. *decis.* 317. *num.* 5. *in nona centur. & dec.* 10. *num.* 8. *& dec.* 261. *num.* 3. *tom.* 1. *in posthum.*

224 Y en caso de averlo de hazer por conjeturas, han de ser claras, evidentes, y que per necesse concluyan, vt tenent Rota per Ludovis. *dec.* 195. *num.* 4. *cum plurib.* Cencio *de censib.* 2. *p. cap.* 1. *q.* 1. *art.* 8. *n.* 21. *& seqq. & in addit. pag.* 30. *n.* 6.

225 Y por lo que toca à la probança que ha hecho en este pleito, solo deponẽ tres testigos, el vno Don Nicolas de Robledo, *memor. num.* 461. que dize: *Era Agente de Doña Maria de Sande, que solicitò por ella el pleito de quentas.* Y el otro Doña Isabel de Cabra, que dize *averse criado en casa de Doña Maria de Sande.* Y el tercero, Baltasar de Vellar, que depone de oidas.

226 Y demas de la tacha que padecen, y no concluir en lo que se intentò probar, es el numero de testigos defectuoso, pues cõforme à la *l.* 117. *tit.* 18. *p.* 3. *los testigos han de ser quatro, hombres buenos, y leales; y*

 de-

demas de esto *se ha de articular, y probar esta verdad, y legalidad que la ley requiere en estos testigos*, como lo aconseja Gregor. Lopez *in d. leg. gloss. 2. in fin. Quando contradicitur instrumento per testes, in eo non descriptos*, vt ibi: *Et adverte, quòd hic dicit, que sean buenos, y leales: vnde consilium est, quòd fiat articulus de idoneitate, & legalitate testium*, secundum Ang. Aret. *d. §. item verborum, column. fin.* vide Angel. & Immol. *in dict. leg. 1. §. fin. ff. quemadmodum testamen. a appeiant.*

227 Con que esta probança es por todos medios desestimable, tanto por lo que queda dicho *supra num.* como porque en los terminos que hablan dichas *leyes* 115. *y* 117. *tit.* 18. *part.* 3. no se puede diferir à ella contra el credito, y legalidad de dicha escritura, y superior probança, que de ella, y de la fee, y legalidad de los Escrivanos resulta, y aver sido cierta, y verdadera la mejora de tercio, y quinto que en ella hizieron los dichos Alonso de Mesa, y Maria Ximenez su muger.

228 Tampoco tiene fundamento dezirse por Don Fernando, que esta escritura quedò desestimada, y declarada por falsa en la executoria que huvo en dicho pleito de quentas, como menos bien alega en sus peticiones, *memor. num.* 329. 337. 272. *y num.* 764. hasta *num.* 768. porque lo contrario se infiere con claridad de lo determinado en dicha executoria, y lo que por ella se desestimò fuerõ las debiles cõjeturas, y fundamentos en que Doña Maria Sande se fundava, para que la dicha escritura se declarasse por falsa: y esto se reconoce por lo substancial, y determinado, ex iuribus, quæ in comprobationẽ tradit D. Valenç. *in cons.* 169. *ex n.* 35. *cum seqq. vsque ad n.* 49.

229 Pues es hecho constante, *que aviendose introducido en dicho pleito de quentas especial articulo de fal-*

falsedad por la dicha Doña Maria Sande, pidiendo, que ante todas cosas se declarasse por falsa, mem. n. 156
Si lo fuera la dicha escritura, y resultara de las probanças, y demas diligencias que se hizieron con el protocolo, se avia de aver determinado primeramente sobre dicho articulo, como perjudicial; sin aver passado à determinar en lo principal, *leg.* 1. *Cod. si quis alter testam. probib. §. praiudiciales*, vbi DD. *instit. de action. leg. si quis libertatem, ff de petition. hered. leg. si crimen, leg. si contestatus, C. de ord. cogn. leg. Præsens, C. ad leg. Flab. de Plag. cum pluribus*, Cevall. *comm. contra com. quæst.* 818. *per tot.* & ex his, & alijs iuribus, D. Salgad. *de protect. Regia, 2. p. cap.* 18. *n.* 4. *& seqq. & 4. p. cap.* 13 *per totum.*

230 Pero como sin fundamento, y no averse probado por parte de la dicha Doña Maria Sande ser falsa la dicha escritura, se desestimò el articulo, y por la executoria del Consejo, confirmando el auto del Alcalde, (en que aprobò el parecer de los Contadores) en quanto sacaron el tercio, y quinto de los bienes de Alonso de Mesa, sin perjuicio de los agravios que Doña Mariana tenia deducidos) se dixo, *que fuesse por aora, y sin perjuicio de los successores, à los quales quedò reservado su derecho.*

231 Y esta reserva, y derecho no puede corresponder à otros successores que los del dicho mayorazgo de tercio, y quinto, por lo que resultava de dicha escritura, para que en otro juizio (como en el que aora se disputa, que es donde toca) pidiessen lo que les convenga, D. Valenç. *consf.* 133. *num.* 45. ibi: *Nec novum est in iure, quod clausula aliqua referatur ad vnum tantum capitulum, quando dari potest ratio, quare non referatur ad alia*, vt dicunt Bart. Bald. & communiter DD. *in leg.* 1. *Cod. de liber. Præter. in leg. talis scriptura, ff. de legat.* 1. Alexand. *consf.* 48. *col.* 3. *vers. Sed ita*, Marant. *in*

in qq.legal lib.disput. 1.*num.*24.*& num* 46.ibi: *Quia specialis ratio, restringit dictum generale, d.l.cum pater, §.dulcissimis, ff.de legat.*2.ex Bart.Paris.&alijs. Y la dicha reserva à los successores obrò que en D.Mariana se conservasse (como en mas immediato) el derecho que vna vez tuvo adquirido, ex text. *in leg. item labeo, §.*1.*ff.fam. hercisc.cap.cum venerabilis, in fin. de except.*Paris.*cons.*102.*non agitatur, n.* 26.*lib.* 1. Bald. *in leg.terminato, C.de fruct.& lit.expens.* Cravet.*cons.* 29.*num.*8.y como dixo Burgos de Paz *cons.*2.*num.*51 *quæ semel sunt reservata, & affecta, perpetuò durant, vt reservata, & affecta,* Bellam.*dec.*425.*incipit, si Papa Bisign.dec.*9.*de præbend.in antiq.n.*1.Rot.*decis.*20. *de præbend.in antiq.*

232 De que resulta aver quedado aprobada, y y calificada la escritura, y por lo menos le basta à Doña Mariana que no se diesse por falsa expressa, ni vitualmente (aunque contra ella se hizo tan exacta pesquisa de probanças, declaraciones de Maestros con vista del protocolo) para que aviendo tenido de ella pleno conocimiento de causa, no se pueda bolver à impugnar en otro juizio, como lo ha hecho Don Fernando en este (articulando todavia, que la escritura es falsa, sin averla redarguido en forma, ni ser parte para hazerlo) conclusion que està decidida por la *ley* 116.*d.tit.*18.*p.*3. ibi: *E esto es por esta razon, porque èl ya dixera vna vez, que la carta era falsa, è non lo pudo averiguar, è fuè dado juizio contra èl, è non se alçò, ò si se alçò perdiò despues el pleito de la alçada, assi como dicho es.* Y para que esto mismo se halle practicado, basta que en la sentencia de el Consejo se confirmasse el dicho auto por aora, y con la dicha reserva, para que la dicha escritura quedasse con la fuerça, y efectos que antes tenia, y que los successores pudiessen pedir lo que les conviniesse en orden al tercio, y quinto de los bienes de Doña Ma-

ria

ria Ximenez, pues para lo que tocava à los de Alonso de Mesa su marido no era necessaria la reserva; pues ya le avian considerado los Contadores, y aplicado al dicho mayorazgo, y assi se deve entender la calidad de por aora, y la de la dicha reserva que por dicha executoria quedò determinada, & in rem iudicatã transacta, ex eo quod super dicta exceptione lis erat, de eaque fuit plenè cognitum, ex doctrina Bald. *in l. Emptor, §. Ancilla, in princip. 2. lectur. ff. de rei vindic.* Cardin. Tusch. *litt. S conclus. 131. num. 15. & 6. cum seqq.* Scacia *de appel. quæst. 17. limit. 6. membr. 9. num. 10. & 11.* D. Salgad. *de Reg. protect. 4. part. cap. 9. num. 33. & 34. cum seqq.* quæ & alia plura latè congessit Noguer. *allegat. 27. num. 49. cum tribus seqq.*

233 La mejor doctrina, como original de la misma *ley* 116. es de Gregor. Lop. *gloss.* 4. ibi: *Tertio limita, nisi in primo iudicio tamen fuisset cognitum, de vitio falsitatis, quod dicebatur constare ex ipsa inspectione scripturæ, ratione cãcellaturæ, vel alterius evidentis defectus, nam tunc si causa finita allegaretur eadem falsitas, ex inspectione non audiretur allegans, ex quo iam fuit allegata, & purgata, si tamen vellet allegare aliam falsitatem ex alia causa, quæ non colligitur ex inspectione instrumenti: tunc talis falsitas, etiam causa finita posset allegari, secundum Nicolaum de Mattha, & Bald. Salicet. & Paulus in dict. leg. fin. quia de tali falsitate nunquam fuit quæsitum: quod benè nota, quod etiã tenet Bald. in leg. per hanc, num. 9. C. de tempor. appell. ex leg. Peremptorias, Cod. sent. rescind. non poss. Ram. consf. 88. num. 9. Gratian. tom. 2. cap. 394. num. 34. Quia tunc dicitur plenè cognitum, quando tam ex parte iudicis, quam partis processus instructus est, vt est decisum, & referunt Ant. Amat. decis. Ferrarien. 49. num. 11. idem Gratian. 3. tom. discept. 445. num. 4. & 6. Mier. 4. p. q. 14. n. 18. in 2. edition.*

234 Y si Don Fernando no se ha valido (como no lo ha hecho, ni pudiera) de otro medio para probar ser falsa la escritura, la presuncion que inducia de la inspecciō del protocolo, y las demas sospechas de no averse hecho mencion desta escritura por Doña Maria Ximenez en su testamento, ni por Don Diego Fernandez de Mesa en el suyo, quedaron bastantemente purgados estos llamados indicios, aunque fueran mas eficaces, como se requeria contra dicho instrumento, por hallarse asistido de las reglas que van anotadas.

235 Vltra de *que Don Fernando no la ha redarguido de falsa en este nuevo juizio, ni se halla, ni consta en alguna de sus peticiones*, ni ha puesto à Doña Mariana en obligacion de buscar nuevas satisfaciones; antes bien con lo mismo que alega *à num.* 256. se convence el mismo en quanto à no ser parte para poder redarguirla, pues confiessa, *que si ay otros mayorazgos, podran Doña Mariana, y Don Antonio su hijo pedirlos como mas les convenga: porque la demanda que ha puesto solo es al mayorazgo que fundaron el Doctor Francisco de Sande, y Doña Ana de Mesa, sobre que* (dize) *es unicamente este pleito*; con q̄ ni se tiene por parte formal para impugnar dicha escritura, como no lo es, ni tāpoco quando esto cessàra se podia bolver à redarguir en este nuevo juizio, y las alegaciones que cōtra ella ha hecho son desestimables; tanto por lo referido, como por no ajustarse al hecho, pues *à num.* 329. dize que despues de aver precedido largo examen, y probanças sobre la falsedad de dicho instrumento (con cuyas razones se convence el mismo, segun la doctrina de Greg. Lopez, y la misma *ley* 116.) expressamente quedò desestimada, y denegado por executoria lo que Doña Mariana pretendia, y ya se reconoce que resulta lo contrario à esta alegacion de la misma executoria, pues no solo no se desestimò expressamente la dicha escritura, si-

no

no que quedaron refervados afsi los agravios que Doña Mariana deduxo, y el derecho à los fucceffores intereffados en dicha efcritura, en que virtualmente quedò calificada; y aunque fe aprobaron las quentas, fue con la calidad de por aora, y eran las que eftavan ya hechas al tiempo, y quando faliò en aquel tiempo la dicha Doña Mariana prefentando la efcritura, y confentidas por las partes, y aprobadas por la Iufticia, y condenados por fu auto à que paffaffen por ella, *mem. num.* 106. y 107.

236 Los motivos que el Confejo pudo tener prefentes para defeftimar por efta executoria el articulo formado fobre la excepcion de falfedad, *mem. n.* 156. y dexar la dicha efcritura de fundacion con la fee, y credito que antes tenia, mediante la dicha referva, y no aver querido que aquella determinacion fueffe en perjuicio de los fucceffores en el dicho mayorazgo, y derecho que como llamados tenian adquirido, probablemente pudieron fer los figuientes.

237 El primero, hallar la efcritura original fin vicio, ni fofpecha, autentica, y legaliçada de Efcrivanos fieles, y legales en la forma que fe prefentò, facada, y corregida con el protocolo el año de 613. cuyo tranfcurfo de tan largo tiempo la acredita de verdadera, y le fuple qualquier defecto, ò folemnidad extrinfeca en cafo que alguno le faltaffe, ex iuribus fupra relatis.

238 El fegundo, no aver probado Doña Maria Sande en aquel juizio ordinario de quentas la dicha excepcion, pues aunque para ello prefentò cinco teftigos, los tres dellos eran Efcrivanos, *mem. n.* 132. 133. 134. intereffados, y pueftos en la dicha Villa por la dicha Doña Maria Sande, como dueña de la jurifdicion, en cuyo favor dixeron por agradarla, y que no les quitaffe los titulos, contra los quales bafta efta prefuncion para que no pudiaffen hazer probança en materia tan grave, por la fubordinacion que tenian à la dicha Doña Maria, *ad*

text.

text.in leg. Idonei, ff. de testib. ibi: Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, vt testes fiant; idem probat *lex 3. eodem tit.* Farinac. *de testib. quæst. 60. ex num. 6.* vbi dicit: *Esse sufficientem exceptionem contra testem, qui aliquo modo habeat interesse, & in terminis Rot. coram Oran. in vna forolivien. censur. 13. Novembris 1589. inserta apud Farin. cons. 54. num. 23. tom. 1. & per hæc iura Noguer. alleg. 32. ex num. 63.*

239 Y los otros dos testigos, aunque Maestros del Arte de escrivir, *mem. num. 135. y 136.* demas del defecto del numero de testigos, pues à lo menos se requieren quatro, conforme à dicha *ley 117. tit. 18. part. 3.* en vnos, ni en otros no se articulò, ni probò la fee, y legalidad que se requeria por acto preciso, sin averse querido contentar la ley con la presuncion de derecho que à cada vno assiste, y passò à dar forma, y regla para la probança contra el instrumento publico, bien advertida por Greg. Lop. *gloss. verb. Hombres buenos*: quando se pretende hazer con testigos que no fueron instrumentales, y que esto mismo procede en terminos de derecho comun, vt notat idem Noguer. *in d. alleg. 32. num. 56. & 57.* cum Farinac. *cons. 54. in addit. litt. B. vers. Imò secundum aliquos ista qualitas, lib. 1. & in vers. Si vero agitur*, Morla *in emporio iuris, p. 1. tit. 11. q. 5. num. fin.*

240 El tercero, porque aunque la parte de Doña Maria Sande traxo el protocolo de escrituras q̃ se otorgaron ante el dicho Eugenio de Tolosa, en el dicho año de 578. no se hallò que la nota de la escritura protocoliçada discordasse en clausula, ni palabra alguna con la original presentada, y q̃ sacò, y corrigiò con èl el dicho Baptista Reluz en el dicho año de 613. que por lo que dexamos notado en la *ley 115. tit. 18. part. 3.* este instrumento con esta diligencia, y la fee, y credito de dichos Escrivanos, se halla autentico, fidedigno, y con su-

pe-

perior probança, que desvanece la que contra èl se pretendiò hazer.

241 El quarto, que aunque en dicho protocolo se reconociò alguna dessemejança en la letra del contexto, y firmas de la subscripcion, y se nombraron por las partes Maestros en el Arte de escrivir, no se conformaron, ni en que toda la letra, y firmas fuessen semejantes, ni que absolutamente tuviessen variedad: porque los nombrados por Doña Maria Sande, *memor. num.* 127. dixeron que la firma *de Alonso de Mesa* tenia variedad, con otras del mismo, que estavan en el pleito que se les exhibiò. Y à *num.* 128. los nombrados por Doña Mariana dixeron q̃ dicha firma tenia aire con las otras, menos *en las dos letras de M. y s. de Mesa*. Y en quanto à la firma de *Eugenio de Tolosa*, los nombrados por Doña Maria Sande dixeron, que la palabra *passò ante mi*, tenia variedad, y la *E.* de *Eugenio*, y la rubrica de la escritura de aceptacion, y que les parecia eran de diferente mano. Y los nombrados por Doña Mariana declararon dando mejor razon, y concluyeron parecerles ser toda vna misma firma; y que por estar borrada la de la escritura de aceptacion, no podian declarar con la claridad necessaria; y solo estuvieron todos conformes en quanto à la diferencia de la letra con que estan escritas las dos escrituras de fundacion, y aceptacion, que por muchas causas, y accidentes suele suceder no poderlas escrivir el mismo Escrivano.

242 . Desta diligencia, y reconocimiento, aunque en el todo estuvieran conformes los Maestros, no resultava plena probança, *ex gloss. in leg. Comparationes, verb. Testium, Cod. de fide instrument. leg.* 118. *tit.* 18. *Part.* 3. ibi: *E si se acordaren todos en vno que la letra es tan dessemejante que puedan con razon sospechar contra ella, entonce es en alvedrio del juzgador desecharla, ò otorgar, que vala si quisiere, ca tal prueva como esta*

tovieron los Sabios antiguos, que no era acabada. Alberic. Bart. & alij *in dict. leg. Comparationes,* D. Covarr. *practic. cap. 22. num. 7.* vbi reprobat sententiam Bart. & aliorum; que defendian que la comparacion por si sola hazia plena probança, y siguiendo la opinion de Panormitano, Curc. Iunior, y otros, dize *in dict. n. 7. Mihi tamen hac sententia non placet, quoad plenam probationem, & fidem; non enim video, iuris Canonici, nec Civilis congruam authoritatem, nec vrgentem rationem, quibus hoc probari possit: idcirco potiùs contrariã opinionẽ admitterẽ,* & inferiùs: *Quamobrem Iudices admoneo hac in re, non ita liberum ei superesse arbitrium: imò debere omninò cautè circumstantias perpendere, vt communem opinionem sequantur.*

243 Y en esta comparacion, y diligencia no se halla que los Maestros hiziessen declaracion, vista, ni reconocimiento alguno, con la escriptura original presentada en el pleito, que era la que se avia redarguido, aunque para ello se traxo el protocolo por mandado del Alcalde, *memor. num.* 117. siendo lo primero q̃ dispone *dict. leg.* 118. *tit.* 18. *partit.* 3. para hazer dicha cõparacion, vt ibi: *Entonce deve el juzgador tomar à mas las cartas, è aver buenos homes,* ni el juramento que hizieron fue ante el Iuez, ni en la forma que la ley dispone, ni junto con el dicho Iuez hizieron el reconocimiẽto, juramento, y declaracion contra el tenor de dicha ley; con que este medio quedò tambien desestimable sin efecto alguno por todas razones; aunque la escriptura original presentada, la *ley* 115. la tiene comprobada legalmente por el mismo caso que la nota del registro concuerda con dicha escriptura.

244 El quinto motivo para la clausula, sin perjuicio, y reserva, que contiene dicha executoria, fue aver desestimado las conjeturas debiles, è ineficaces, con que ponderava Doña Maria Sande no aver otorgado dicha

se-

escriptura los dichos Alonso de Mesa, y Doña Maria Ximenez su muger, por no ser de las que per necesse concluyen lo que con ellas se pretendiò probar, ad tradit. per Noguerol *allegat. 32. num. 55.* ibi: *Et quando ad simulationem adducuntur coniectura, debent esse clara, evidentes, & per necessè concludentes, Rot. per Ludovis. decis. 195 num. 4 & ibi Addit. num. 17. Cencius d. addit. pag. 30 num. 6. cum seqq.*

245 La primera induce del testamento de Doña Maria Ximenez, *memor. num.* 20. su fecha de quince de Mayo de 1583. porque en èl no hizo mencion de la mejora de tercio, y quinto, que ella, y su marido dexavan hecha; y porque los instituyò por herederos por iguales partes a sus hijos Don Diego Fernandez de Mesa, y Doña Ana su hermana.

246 Y tiene la poca substancia que se conoce, pues no era precisso hazer mencion de dicha mejora, ni para que valiesse era necessario este requisito; y quando voluntariamente la quisiesse referir, con facilidad se le pudo olvidar, mayormente quando no testava de los bienes de q̃ ella, y su marido aviã hecho la dicha mejora, q̃ son las tierras, viñas, y huertas tocantes a la Encomienda q̃ llamã de Calatrava, que estàn en termino de esta Villa; sino de los que la susodicha, y su marido teniã en la villa de Valdemoro, como consta de la misma *clausula à num.* 21. ibi: *Item, que por quanto el dicho Alonso de Mesa, mi señor, y marido, y yo tenemos tratado de vẽder la hazienda que tenemos en la villa de Valdemoro al Cõcejo de ella, y por algunas causas no se ha efectuado hasta aora:* Y prosigue dando poder al dicho su marido, para que cumplan lo que tienen tratado, y que de lo q̃ procediere pague las deudas comunes, y lo que sobrare emplee a su voluntad, y en esto esen lo que a sus hijos instituye por herederos por iguales partes.

247 Y por el mismo caso que no hizo mencion de

de los bienes de que se compone la dicha mejora, fue visto dexarla aprobada, y ratificada, *ex text. in d. l. Alumna, §. Qui filias, ff. de aliment. leg.* vbi respondit Consultus, *Non à tota voluntate recessum videri; sed his tantùm rebus, quas reformasset, leg. Militis Codicilijs, §. Miles Castrensium, ff. de testament. milit.* Burgos de Paz *consf. 2. num. 3.* D. Solorç. *de iure Indiar. lib. 3. cap. 12. num. 37.* Con que tan lexos estuvo de favorecer esta conjectura el intento de Doña Maria Sande, que antes prueva contra ella, aver sido cierta, y verdadera la dicha mejora; pues si no se entēdiera assi, ò la avia de aver revocado, ò avia de aver dispuesto de los bienes de dicha Encomienda, quod expressè probat *text in leg. Sequens quæstio, 68. de legat. 2.* vbi notant Bart. & alij, *& in l. Marcellus, §. Quidam liberis, n. 4. ff. ad S. C. Treb.* Peregr. *de fideic. art. 6. n. 1.* Fusar. *de substit. q. 632. n. 1.* Ciriac. *controvers. 283. num. 26. tom. 2.* & per hæc; & alia iura Noguerol *allegat. 25. num. 204.*

248 La segunda conjectura pretende sacar del testamento q̃ otorgò en diez y ocho de Abril de 1588. el dicho Don Diego Fernandez de Mesa, *memor. n. 23.* y esta tiene la misma satisfaccion; pues para instituir por heredera a la dicha Doña Ana de Mesa su hermana en los bienes libres de su legitima, de que podia disponer para que en ellos, despues de sus dias fundasse el mayorazgo que instituyò el dicho Don Diego; tampoco fue necessario que hiziesse relacion de la dicha mejora, en que despues dèl sucedia la dicha Doña Ana.

249 La tercera conjectura la pretendiò fundar la dicha Doña Maria Sande en el supuesto de que el di-dicho Alonso de Mesa avia hecho por si solo testamento, y en èl avia hecho mejora de tercio, y quinto de sus bienes en el dicho Don Diego Fernandez de Mesa su hijo, y que este acto denotava no tenerla hecha junto cō su muger en el dicho su hijo.

250 Y à esto se responde: Lo vno, que no consta de este llamado testamento, ni ha parecido su original, ni traslado, ni el protocolo, y solo se quiere acreditar este supuesto con la declaracion de la dicha Doña Maria Sande, *memor. num.* 103. y con lo que en ella enuncia, de que el Doctor Sande, y la dicha Doña Ana de Mesa, quando se capitularon para casarse hizieron relacion de dicha mejora queriendo, que à estas afirmativas voluntarias se dèn mas credito que à vn instrumento publico, que ha mas de sesenta años que se sacò por Escrivanos fieles, y legales: demas de que quando fuera cierto q̃ el dicho Alonso de Mesa otorgò este testamento, bastava para elidir por frivola esta conjectura: Lo vno, que no conste, ni aun por dichas declaraciones si la fecha fue posterior, ò anterior à el año de 578. que es quando se hizo, y otorgò la dicha mejora de tercio, y quinto por ambos, marido, y muger: Y lo otro, la variedad que ay en la identidad del nombre del Escrivano ante quien se dize averse otorgado dicho testamento; pues Don Francisco de Mesa en su peticion *à num.* 100. dize que se llamava *Sebastian Delgado, Escrivano* que despues fue del Numero de la villa de Chinchon: y la dicha Doña Maria Sande en la dicha declaracion *à n.* 103. aviendo de hazerla al tenor de dicho pedimiento, dize que se llamava *Tomas de las Eras*, con cuya muerte avian faltado sus registros, y vendidose en tiendas de especeria.

251 Y este reparo haze este hecho inverosimil, y arguye alguna malicia en la dicha Doña Maria Sande, y que por algun fin particular, supuso llamarse dicho Escrivano *Tomas de las Eras* quando para la diligencia, y reconocimiento de el protocolo de Eugenio de Tolosa, y comprobacion que avian de hazer los Maestros, la dicha Doña Maria Sande por el vltimo otrosi de su peticion, *memor. num.* 125. pidiò se traxessen los protocolos de Sebastian Delgado, que paravan en poder de

Francisco Iacinto Velez, Escrivano del Numero desta Villa, por dezir que en ellos avia diferentes escrituras, otorgadas por el dicho Don Diego de Mesa, como con efecto se llevò vno del año 1587. que parece reconocieronlos Maestros en su declaracion, *à n.* 127. *f.* 42. *B.* con que ni se puede diferir à la declaracion de la dicha Doña Maria Sande, ni à lo que dixo el dicho D. Francisco en su peticion para saber con verdad el Escrivano ante quien se hizo, y otorgò el dicho testamento, *& ex his quæ notabimus in d. leg.* 115. *tit.* 18. *part.* 3. & tradit Dom. Covarr. *practicar. cap.* 19. *num.* 9. *vers. Qua ratione, tàm in dict. leg.* 115. *quàm in leg.* 116. no se puede estimar por probado este hecho, ni que Alonso de Mesa otorgasse el testamento que se supone.

252 La quarta, y vltima conjetura en que hazia mas instancia la dicha Doña Maria Sande, es la variedad que dixo avia en el protocolo del dicho Eugenio de Tolosa, y firmas de la dicha escriptura protocolicada.

253 Y vltra de lo que dexamos dicho, quando de ella se induzga alguna sospecha, la presumpcion no puede ser contra Doña Mariana, ni Christoval de Mesa su padre, pues qualquiera turbacion que contenga la escritura del protocolo, no puede ser este hecho en favor suyo, y antes la presumpcion, y sospecha resulta contra la dicha Doña Maria Sande por la pretension que tuvo en el pleito de jactancia, de que los bienes de vnos, y otros mayorazgos se declarassen por libres, *cùm in iure sit certum, quod ab eo præsumitur instrumentum falsificatum, cui falsitas prodest, ex leg. si falsus, Cod. ad legem Cornel. de fals. leg.* 2. *§. Divus Adr. el* 1. *ff. de iure Fisci, & per hac, & alia iura singulariter,* tenet Castill. *lib.* 8. *contr. cap.* 20. *ex n.* 31. ibi:

254 *Quod instrumentum subtraxisse illudque ocultare præsumitur is, qui ex ocultatione, & subtractio-*

ctione commodum percipit nõ alius, vt per Bart. & alios cum quibus Gratus in consl. 59. num. 7. lib. 1. Bosius tit. de iudicijs, num. 156. circa med. Bertaz. consl. criminal. 210. num. 1. lib. 1. Honded. in consl. 96. n. 60. & 61. lib. 2. Farin. de falsiat. & simulat. quæst. 153. num. 209 fol. 111. Albert. etiam in l. 1. §. si quis ita in duo, ex n. 1. per illum text. & legem 1. §. sed si quis instrumenta, C. de latin. libertat. tolend. faciens regulam generalẽ; quod ille præsumitur subtraxisse, & fecisse delictum, qui commodum, & interesse ex eo sentit. Petrus Surd. consl. 512. num 5. & 6. lib. 4. Stephan. Grat. tom. 2. cap. 262. n. 39. & 40. fol. 280. in illis verbis: *Et faciunt, quæ dicuntur de præsumendo delictum, aut damnum datum ab eo, qui habet interesse, & commodum sentit, absque alia probatione,* Bart. *in leg. fin. num. 5. dict. quæstionibus, & declaratione, aut subtractione scripturarum, quod præsumatur facta ad instantiam partis contrariæ, quem commodum sentiebat, ex Rot. & alijs dixit in addit. ad decis.* 84. *num. 3. vsque ad 7. Gonçal. ad regul. 8. Cancellariæ, in proæmio, §. 7. num. 161. Pedrocha in consl. 3. ex num.* 103. *& antea scripserat, Bald. in consl. 80. num. 1. volum. 3.*

255 No puede ser este lugar, ni mas lleno de doctrina, ni mas ajustado à las terminos de este caso, pues todas las presumpciones resultan contra la dicha Doña Maria Sande. Lo vno, porque del hecho de turbar, y hazer sospechosa la escritura de mejora protocoliçada; sentia el interes, y vtilidad de quitar el credito à la escritura original, que con todas solemnidades avia sacado, y compulsado Baptista de Reluz, tan fiel, y legal como està probado, y confessado, y tan antigua como del año de 613. para poder por este medio dar color à la pretension que tenia, de que en dicho pleito se declarassen los bienes por libres.

256 Lo otro, que pudo hazerlo, ò mandarlo en

odio de aver la vencido los Mesas en dicho pleito, y declarado se los dichos bienes por vinculados, por ser ellos à quien tocava la succession, y aver tenido facilidad la dicha Doña Maria Sande, como dueña que se hallava de la jurisdicion, y de la facultad de poder nombrar, poner, y quitar Escrivanos en la dicha Villa, *leg. 8. tit. 19. p. 3. E non deven mostrar el registro si non al Notario, ò al Sellador, ò à otro alguno por mandado del Rey, ò de estos sobredichos, ò alguno de aquellos que han poder de juzgar, ò de fazer justicia, si alguna carta huvieren menester de aquellas que pertenecen à lo que ellos han de fazer.* Y no sin causa Gregorio Lopez previno el inconveniente *in gloss.* super illis verbis: *Mostrar el registro,* ibi: *Fortè nè registrum ambulet per multas manus, & locus sit alicui falsitati, vel furto registri.* Con que pudo ser possible el caso de aver recogido el dicho protocolo con algun pretexto para arrancar de èl la escritura antigua, protocoliçada por el dicho Eugenio de Tolosa, sacada, y compulsada por el dicho Baptista de Reluz, y poner en su lugar otra, cō la peor imitacion, y mayor fealdad que se pudiesse para redarguir la original que se presentò, è impossibilitar la comprobacion, en perjuicio, y notable daño de Doña Mariana, y demas successores, Anton. Thesaur. *decis. 171. num. 2. vers. Aut vero, & n. 6. vers. Sic non nego tamē,* Hieronim. Gonçal. *in d. regul. 8. proam. §. 7. num. 161. vers. 5. limit.* donde refiere algunas resoluciones Rotales, y à Bart. Felin. Bosio, Menoch. Lancel. y al señor Molina *de primog. lib. 2. cap. 5. num. 45.* que en este lugar refiriendo à Lap. Alber. Quintil. Ciceron, y otros, inquit: *Delictum semper præsumendum esse commissum fuisse ab eo, qui ex illo commodum sentit, vel ex eius mandato.*

257 Y si no lo experimentara assi Doña Maria Sande, no se huviera combidado à traer el protocolo

por quenta de Doña Mariana, como con efecto le traxo, y consta *memor. num.* 116. tomando por pretexto la dilacion que no avia avido, ni omissión en D. Mariana, pues hasta entonces no se avia por auto alguno mandado traer el protocolo.

258 Y aunque se podrà replicar, que Doña Maria Sande no tenia necessidad de fingir otra escritura de diferente letra, y firma en el protocolo, pues mas bien conseguia su intento quitandola del todo, y que no pareciesse; Es facil la respuesta, pues en este caso, siendo antigua la escritura, y estando muerto el Escrivano ante quien se otorgò, tenia por si la presumpció de que precediò el protocolo, y aunque no conste es valida la escritura, vt tenet Gregor. Lop. *in leg. 9. tit. 19. p. 3. super gloss. vn libro por registro, in fin.* ibi: *Si verò instrumentum scriptum esset antiquum, & Tabelio iam mortuus, videretur standum instrumento sumpto, licèt de protocollo non appareat, cum præsumi debeat præcesisse ex temporis diuturnitate. facit, §. scriptum inst. de invtil. stipul. leg. sciendum cum ibi plenè notatis. ff. de verbor. obligat. & quod dixi suprà tit. 1. in leg. 115. in glos. super parte non debe valer.*

259 Con que por todas razones se califica, que la presuncion està contra la dicha Doña Maria Sande, y por el contrario no se halla alguna que influya contra Doña Mariana, ni Christoval de Mesa su padre.

260 Lo primero, porque es cierto que la primera compulsa del año de 609. fue à pedimiento de Doña Ana de Mesa, madre de la dicha Doña Maria Sande, la qual en virtud de compulsorio del Licenciado Marquez, Alcalde de Corte, è informacion de legalidad de Eugenio de Tolosa, pidiò que se le diesse vn tanto de la dicha escritura para presentarla en el pleito que seguia con el Conde de Varajas, cuyo hecho, è identidad deste pleito lo tiene declarado Don Antonio de

Cordova, *mem. n.* 337. y los testigos de D. Fernando lo deponen *à n.* 461. 462. *y* 463.

261 Lo segundo, porque la segunda compulsa de esta escritura fue en 15. de Iunio del año de 613. à pedimiento del dicho Christoval de Mesa, con insercion de las diligencias hechas por la dicha D. Ana, y el dicho Baptista de Reluz la sacò, corrigiò, y concertò con la escritura original, y da testimonio de que iva cierta, y verdadera, y aviendolo hecho en presencia de testigos, y mandato de la Iusticia, esta subscripcion, y testimonio es prueva real de ser verdad todo lo que debaxo dèl se contiene, y con ella no ay sospecha alguna, ni en contrario se admite la prueva de testigos de iudicio suo deponentes, vt tenuit Rota coram Seraphin. *decis.* 1364. *n.* 5. ibi: *Quod tamen non potest probare, nisi per testes de iudicio suo deponentes, quod non est admitendum, cum vltra testes de veritate, habeamus attestationem Illustr. Card. Plat. per quam omnis tolitur suspicio, & quod in civili causa, magis creditur Notario, quam testibus, cum pluribus probat Giurb. consi. crimin.* 78. *ex n.* 11. *cum seqq.*

262 Supuestos estos dos principios, quien podrà persuadirse à que Doña Mariana, y Christoval de Mesa su padre contra si mismos avian de falsear la escritura del protocolo: porque ò lo avian de hazer antes de los dichos años de 609. y 613. y entonces era impossible en Doña Mariana, pues ò no era nacida, ò era muy niña; y muy dificultoso en Christoval de Mesa, por hallarse sin el poder, y facultad, jurisdicion, y señorio, y cō el reparo de los dos Escrivanos de tanto credito, fee, y legalidad; ò avia de ser este hecho posterior à dichos años, y entonces obravan contra si, pues ya se avia sacado, y compulsado dicha escritura, donde despues de Doña Maria Sande eran los primeros llamados, como hijos de Hernando de Mesa.

De

263 De que resulta, que quando quedara alguna presuncion de la inspeccion del protocolo, esta no se puede fundar contra Doña Mariana, ni su linea, y lo mas verosimil es contra la dicha Doña Maria Sande, por las razones que quedan referidas, y de vno, y otro se infieren los motivos que justificaron la executoria del Consejo, para que la aprobacion de quentas fuesse sin perjuicio de los successores en dicho mayorazgo, à quiẽ se les reservò su derecho.

264 Y aviendo como ay cosa juzgada sobre la excepcion opuesta contra la dicha escritura, y que no solo no quedò desestimada expressamente como Don Fernando alega, antes bien calificada virtualmente de cierta, y verdadera, le obsta esta excepcion rei iudicatæ à Don Fernando, tanto por valerse de dicha executoria para las alegaciones que ha hecho, como por aver sido citado para aquel pleito à pedimiento de dicha Doña Maria Sande, en virtud de requisitoria que se despachò para la ciudad de los Reyes, *mem. n. 630. in fin. ex text. in leg. Sæpè, ff. de re iudicat. leg. Cum filius, ff. de verbor. oblig.* Surd. *consʃ. 634. num. 11. & 12. volum. 3.* Ciriac. *tom. 2. controvers. 258. num. 7.* Bart. *in leg. 2. ff. de prævaricator.* Cancer. *lib. 3. variar. cap. 17. num. 401.* & ex his, & aliis iuribus tenet in terminis Noguer. *alleg. 19. num. 17. 18. & seqq.*

265 Y de todo lo que llevamos dicho sobre la cõprobacion desta escritura, se infiere, que conforme à la forma, y regla, y expressa disposicion de las *leyes* 115. 116. *y* 117. *tit.* 18. *p.* 3. la dicha escritura se halla acreditada, y comprobada, y que en aquel juizio Doña Maria Sande no probò la excepcion opuesta, ni Don Fernando en este (caso negado que se le pudiera admitir nueva prueva contra la dicha *ley* 116. *y* doctrinas referidas) tampoco la probança que ha hecho tiene estimacion, tanto por los reparos, y tachas de los testigos, de

Agen-

Agente el vno, y otro criada de la dicha D. Maria Sande, como por no ser mas de tres, y requerir la dicha *ley* 117. *quatro hombres buenos, y leales;* cuyas calidades tampoco se articularon, ni probaron en vno, ni en otro pleito, como en su glossa advierte Gregor. Lopez; y enseñan los que junta Noguer. *in d. alleg.* 32. *n.* 57.

266 Con que todo ha faltado en este caso, y la dicha escritura de mejora de tercio, y quinto se halla cõ su entera fee, y legalidad, purgada qualquier sospecha, con tan pleno conocimiento de causa, y determinacion que huvo para que por dicho instrumento se pueda diferir, y passar à dar la tenuta, y possession de dicho vinculo à la dicha Doña Mariana, Dom. Molina *de primog. lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 49. ibi: *Nos autem in casu contingenti vidimus à Supremo Castellæ Consilio, præstitam bonorum maioratus possessionem, ex quodam exemplo primogenij antiquissimo, quod penès vltimum maioratus possessorem inventum fuit, & quod tanquam vera scriptura maioratus fuit semper observatum, & cui etiam plura alia veritatis adminicula assistebant.* Y aunque esta escritura no se hallò en poder del vltimo posseedor, ya queda dicho como se sacò à pedimiento de Doña Ana de Mesa posseedora, y despues por Christoval de Mesa, como successor inmediato à la dicha Doña Maria Sande, y los muchos adminiculos que hemos referido, hazen aplicable la doctrina del señor Molina: mayormente quando la antiguedad de la saca, y compulsa de dicha escritura es tan notoria, que es vna de las limitaciones que anotò D. Christoval de Paz *de tenuta cap.* 25. *ex num.* 15. *vbi in num.* 18. post Bald. Salicet. & Gregor. Lop. sic concludit: *Si exemplum ergò aliquam ex suprà dictis qualitatem habeat, ex eo maioratum probari, & per consequens quamvis originale non ostendatur tenutæ actionem, ex prædicto exemplari proponi posse, proculdubio dicendum est,* idem tenent adi-

ditio ad D.Molin *in dict.cap.13 ex num.44.a 50.* cum Cardin. Tusch. *conclus.550. tom.3. num.18.* Menoch. *cons.924. num.33.* reprobando à Tiber. Decian. *respon. 24. lib.1. ex num.24.* & Alexan. *cons.101.* y dizen, ibi: *Hæc est receptior sententia, & securior in praxi, tum quia ad probationem maioratus talis scriptura sufficit, cui ex iuris dispositione fides adhibenda sit, ex adductis supra lib.2. cap.8. num.10. tum etiam quia id constanter post Autorem probant Pater Molina disput.638. num.3. Paz tractatu de tenuta, cap.25. num.17. & 18. videndus ex num.7. & nos in hoc Supremo Consilio in praxi receptum vidimus.*

267 Esta conclusion legal de que el mayorazgo se prueva por la escritura, a quien la disposicion de derecho dà entera fee, y credito, es textual de la *ley 41. de Toro*, ibi: *Seyendo tales las dichas escrituras que hagan fee*, que aviendolas repetido idem D.Molin. *lib.2. cap. 8. num.10.* concluye: *Ex quibus verbis comprehenditur ad maioratus probationem scripturam publicam necessariam non esse, sed talem scripturam sufficeret, cui ex iuris dispositione fides adhibeda sit*, & inferius, ibi: *Probaturque ex leg.114. & 119. tit.18. part.3. Idque ex his etiam, quæ superius dicta sunt apertissimum redditur*, & ibi additio: *Notat hoc maxime procedere si scriptura recognita fuisset, dum tamen coram Tabellione traditio facta sit, de quo per Autorem supra lib.4. cap.2. num.12. & his adde, quod solemnitas scripturæ non est de substantia maioratus, ex Autore supra in principio, & per Tellum Fernand. in leg.22. Taur. n.4. & 6. Aceb. in leg.1. tit.6. lib.5. Recopil. num.58. Angulo in leg.1. gloss.6. ex num.6. & in leg.6. gloss.4. num.2. Castill. lib. 6. controv. cap.149. num.4. Mieres de maiorat. 1. part. quæst.65. per tot. Pater Molin. de iustit. & iure, tom.3. disput.600. num.4. & Ioann. Gutierr. lib.2. practicar. quæst.59. num.fin.*

268 Y como quiera que la dicha escritura no es privada, sino publica, y autentica original, sacada del protocolo, con autoridad de Iuez, à pedimiento de parte interessada, & à Notario publicæ, & notæ fidei, y que tiene por si todas las asistencias legales, que se redarguyò de falsa en aquel juizio; para que fue citado Don Fernando, que no se probò por ningun medio de los muchos que se intentaron, la excepcion que se oponia, que con tan riguroso, y pleno conocimiento de causa se conociò della, se formò especial articulo; y sin embargo no se declarò por falsa, tacita, ni expressamente, sed virtualiter, con la clausula, y reserva que la corresponde, quedò aun con mas fee, legalidad, y concluyente probança de lo que contiene, y dispone: que Don Fernando en este juizio no la ha redarguido, ni pudiera, mediante el pleito que sobre ella se avia seguido, y determinado, ni ser para ello parte formal, por no ser de los llamados à la succession deste vinculo, como lo reconoce en sus alegatos, que no obstante passò à articular la excepcion de falsedad, y tampoco pudo probarla con los tres testigos defectuosos en el numero, y en las lidades de la ley, que no se verificaron.

269 Con que hallandose la dicha escriturà tan calificada, y asistida de tantos adminiculos, y requisitos, militan las doctrinas que van anotadas, para que por ella se deva dar la tenuta, y possession de dicho vinculo, pues en su virtud entra fundando de derecho Doña Mariana, sin asistirle alguno à Don Fernando, ni la excepcion lo puede ya embaraçar, pues caso negado que le quedara algun recurso para algun nuevo genero de prueva, serà bueno para que lo deduzca en el juizio de propriedad, sin que en este le pueda embaraçar à Doña Mariana la tenuta, y possession, *ex text. in leg. vltim. ff. de precario, & leg. 1. ff. quorum bonorum, leg. 1. §. Quia autem, ff. quorum legatorum, leg. vltima, ff. si*

quis

quis omißa causa testamenti, leg. Regulariter, leg. Pro hærede, & leg. Qui interrogatus, ff. de petitione hæredit. bonus text. licet vulgaris in cap. 1. §. 1. *si de feudo defuncti contemp. sit*, ibi: *Responsum est apud filiam poßessionem interim eße collocandam*; & inferiùs, ibi: *Respondi filiam in poßessione feudi manere debere donec de eo iudicetur*, leg. 45. *Tauri*, ibi: *Muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de possession, se traspasse la poßession civil, y natural en el siguiẽte en grado, que segun la disposicion del mayorazgo huviere de suceder en èl*, vbi omnes DD. notant.

270 Este es el derecho que nuestra cortedad ha podido descubrir, y probar que asiste a Doña Mariana, sin el reparo de la excepcion que se oponia contra la dicha escritura para la succesion en este vinculo, y para el fundado por el dicho Don Diego Fernandez de Mesa su tio.

271 Y para lo que toca al principal que fundaron el Doctor Sande, y Doña Ana de Mesa, tambien queda probada la exclusion notoria de Don Fernando en el articulo primero, por el defecto de legitimacion de persona, pues demas de la poca legalidad de sus instrumentos, è informaciones, con ellos mismos queda convencido (demas de estar redarguidos, y no comprobados) pues no se ajusta con la claridad, y evidencia que se requeria en materia de tan grave perjuicio, que las que llama su abuela, y visabuela, *n. 8. y 14. del Arbol*, fuessen hija, y nieta *de D. Elena de Porres, n. 3. Y lo que mas es, q̃ la identidad desta tiene la notable variedad, como de cinco naturalezas, y tres nõbres, y apellidos distintos, siendo el grado por donde pretendiò incluirse en la familia del Doctor Sande*, cuya incertidumbre la hazen por lo menos muy dudosa, obscura, y variable para no darla por probada, con los instrumentos mismos de donde resulta esta contrariedad, y repugnancia; como

que-

queda anotado en los numeros, à que nos referimos, donde van advertidos otros muchos defectos. Y en este estado Don Fernando entra à competir con Doña Mariana, que (por ser su inclusion notoria) pretende excluirla por la representacion de Doña Iuliana su abuela, y el orden tacito de escritura; cuyos medios no pueden practicarse en este caso, por lo que dexamos fundado en el articulo segundo, y siendo indivisible el mayorazgo; y hallandose Doña Mariana con la prelacion de los dos grados, es su derecho claro, y notorio, y quien vnicamente deve suceder en èl, assi en fuerça de voluntad, como de disposicion de ley, que todo falta en Don Fernando, y la legitimacion de persona, de que no ay la menor duda en la de Doña Mariana; y por todo espera que à su favor se determine.

Pretension de Don Antonio de Eguiluz.

272 EN su defecto pretende Don Antonio su hijo, el del *num.* 22. que quando por alguna razon (que ignoramos) no pueda suceder su madre, se ha de denegar à las otras partes la tenuta, y possession de dichos mayorazgos, y deverse declarar à favor de dicho Don Antonio, fundandose en las mismas reglas, y disposiciones de derecho que van ponderadas por parte de la dicha Doña Mariana su madre, y añadiendo, que quando Don Fernando no tuviera en su legitimacion los vicios, notas, y escrupulos tan claros, y se estimara sin embargo su persona legitimada, y ser pariente con efecto del Doctor Sande, Don Antonio lo es mas cercano, y tiene mas sangre, y parentesco con la vltima posseedora por la persona de su madre, que no el dicho Don Fernando por la persona del fundador: porque el dicho Don Antonio demas de ser hijo legitimo de la dicha Doña Mariana, lo es tambien

de

de Don Francisco Eguiluz Herencia, Cavallero del Orden de Santiago, y nieto legitimo por esta linea de Francisco de Herencia Eguiluz, y Doña Iuana Ximenez, los del *num.* 13. y viznieto legitimo de Doña Catalina Ximenez, la de el *num.7*. hermana legitima de Doña Maria Ximenez, muger de Alonso de Mesa, los del *n.5*. padres de la dicha Doña Ana de Mesa, y abuelos de la dicha Doña Maria Sande, con quien el dicho Don Antonio tiene el parentesco duplicado, demas de preferir en vn grado al dicho Don Fernando, y en estos terminos el derecho le juzga, y tiene por mas cercano pariente, aunque en el primer parentesco se hallaràn en igual grado, vt in terminis notant Perez de Lara *de Anivers. & Capellan. lib. 2. cap. 3. n. 32.* Hier. Cevall. *pract. q. 398. num. 21. & 22. & q. 762. n. 70. & q. 778. ex n. 27. vsque ad n. 49.* Nicol. Garc. *de benefic. tom. 2. part. 7. cap. 15. n. 22.* Mier. *de maiorat. 2. p. q. 7. num. 3.* Alex. Rau. *in cons. 1. ex n. 95.*

273 Y porque el lugar mas formal para este punto es de D. Iuan del Castill. *lib. 5. controv. cap. 67. n. 29.* donde junta los Autores referidos, y otros muchos textos, y doctrinas, y vna decission en terminos de la Real Audiencia de Sevilla, entre Doña Leonor de Leon, y Doña Paula Bravo; se pone su doctrina à la letra en comprobacion de la determinacion en favor de dicha Doña Paula, tanquam vtrimque coniūcta, & omissis aliquibus verbis sumitur, *ex vers. Secundo deinde in hunc modum.*

274 *Secundo deinde pro eadem parte facit duo consanguinitatis vincula fortiora, & potiora esse vno; sicque ex vtroque latere testatori coniunctum, censeri magis propinquum, & praeferri deberi alteri, qui vno tantum gradu coniunctus est, text. in Authent. itaque, Cod. commun. de success. Authent. de hared. ab intestato. venient. §. si igitur defunctus, nec descendentes, collat. 9*

 An-

Authent. de consanguin. & a ter. vers. Quia vero, Authent. post fratres, Cod. de suis, & legitim. hared. leg. 6. tit. 13. part. 6. cap. 1. vbi gloss. de tregua, & pace, leg. 1. ff. de privileg. creditorum, & pro hac parte possent opportunè expedi quamplurima, qua adducit Iason in leg. re coniuncti, ex num. 19. cum sequentibus, ff. de legat. 3. Tiraquellus de retractu linagier, §. 14. in fin. gloss. 2. ex num. 5. cum sequentib. Mieres, & Cevallus vbi supra. cum ergo prafatus testator, iusserit inter consanguineas suas proximiorem praferri, & concurrentibus duabus in eodem gradu existentibus, eam qua primo nupserit. quamvis D. D. Leonora antea nupsisset, praferri debuit D. D. Paula, vtpote cum non dicatur in eodem, sive in aquali gradu existere, qua duplici consanguinitatis nexu testatori est coniuncta, sed potius censeatur magis propinqua, duplex enim coniunctio pralationem operatur, licèt gradu non pracedatur, vt cum Alexand. Raudens. adnotavit D. Perez de Lara vbi supra numer. 32. & latè comprobant Mieres, & Cevall. nunc relati.

Ex quibus omnibus; necessario deducitur que quando Doña Mariana por los fundamentos que la assisten no deviera successer, y quedar excluido Don Fernando, Don Antonio deve ser admitido, por tener à su favor las mismas reglas, y asistencias legales, y de mas à mas el del parentesco duplicado con la vltima posseedora, como tiene probado en el pleito, y asi espera que se determine à su favor, en el caso de no declarar la tenuta, y possession de estos mayorazgos en la dicha Doña Mariana su madre. S.S.S.D.C.&c.

Lic. D. Iuan de Alcantud. | *Lic. D. Iuan Diaz Quixano.*